Case Analysis and Research Methods of Administrative Law

行政法案例分析和研究方法

（第二版）

余凌云 著

清華大學出版社

行政法案例分析和研究方法

（第二版）

余凌云　著

清华大学出版社
北　京

图书在版编目（CIP）数据

行政法案例分析和研究方法/余凌云著. —2 版. —北京：清华大学出版社，2019
ISBN 978-7-302-53305-4

Ⅰ. ①行…　Ⅱ. ①余…　Ⅲ. ①行政法－案例－中国　Ⅳ. ①D922.105

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2019）第 155673 号

责任编辑：朱玉霞
封面设计：傅瑞学
责任校对：宋玉莲
责任印制：杨　艳

出版发行：清华大学出版社
网　　址：http://www.tup.com.cn，http://www.wqbook.com
地　　址：北京清华大学学研大厦 A 座　**邮　　编**：100084
社 总 机：010-62770175　**邮　　购**：010-62786544
投稿与读者服务：010-62776969，c-service@tup.tsinghua.edu.cn
质量反馈：010-62772015，zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn
印 装 者：三河市金元印装有限公司
经　　销：全国新华书店
开　　本：170mm×240mm　**印　张**：23　**字　　数**：414 千字
版　　次：2008 年 11 月第 1 版　2019 年 8 月第 2 版　**印　　次**：2019 年 8 月第1 次印刷
定　　价：79.00 元

产品编号：084099-01

作者



余凌云　清华大学法学院教授、博士生导师，公法研究中心主任。研究领域为行政法学、行政诉讼法学、警察法学。兼任中国法学会行政法学研究会副会长、中国法学会案例法学研究会副会长。著有《行政法讲义》《警察法讲义》《行政法案例分析和研究方法》《行政契约论》《行政自由裁量论》《行政法上合法预期之保护》《警察行政强制的理论与实践》等 13 部学术专著，在《中国社会科学》《法学研究》《中国法学》、*International Journal on Minority and Group Rights* 等刊物发表论文 90 余篇。主持教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目、国家社会科学基金重点项目、教育部人文社会科学重点研究基地重大项目等多项课题。入选 2007 年教育部“新世纪优秀人才支持计划”。获得第六届高等学校科学研究优秀成果奖(人文社会科学)二等奖、第五届“钱端升法学研究成果奖”一等奖、首届中国青年法律学术奖(法鼎奖)等奖项。

二 版 序

2017年秋季学期，又逢给研究生讲授这门课，便隐隐地萌发了修订念头。一日闲逛书店，老板告诉我，不少学生来问过，也本想再进一些，不想出版社已销售告罄。修订二版的冲动又疯长起来。掐指一算，一版迄今已十年有余，我也该去唤醒沉睡太久的它了。于是，与中国人民大学出版社联系，幸得应允，二版转到清华大学出版社出版。这样，就可以和《行政法讲义》放在一个系列，成为一对孪生姊妹。

当初成书匆忙，收入了一些文章，现在看来，似乎不够精致，后来讲课也不大用。这些年又陆续发表了一些作品，好像更好，可以补充进来。于是，动手修葺，重新编排，选入的文章都是我比较满意的，也凝结了我的心血。

唯一的缺憾，就是我一直想写一篇关于案例指导制度的论文，却总是俗务缠身，又忙于其他一些学术计划，当然，总归不过是一个"懒"字。估计在近期还没有精力去写，只能留待第三版时争取补齐吧。

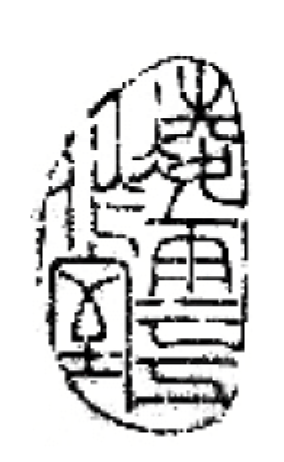
修葺中最棘手的是法律的变动。如果仅是条文的前移后置，倒也好办。最难的是条文发生了实质性改变，比如，被删除或者修改了内容。在我看来，跟风地适用新规定对案件重做分析，会让原先的作品面目全非，也实在没有必要。案件是一段陈年往事，案例分析也只能是一种历史回望。所以，不如逐一注明法律的时间，读者阅读起来也容易查找，并与新法对比。

园林大师陈从周慨叹，"诗有律而诗亡，词有谱而词衰，汉魏古风、北宋小令，其卓绝处不能以格律绳之者。至于学究咏诗、经生填词，了无性灵、遑论境界"。[1]我深以为然。常言，"文无定法"。其实，论文写作与造园一样，"有法而无式"。

① 陈从周：《梓室随笔》，17页，北京，商务印书馆，2017。

这些年喜读董桥、叶嘉莹和汪曾祺的书,尤其是迷上了牛津大学出版社的装帧,雅致极了。在香港三联,见一本买一本。二版付梓,我也想出一个硬皮精装的。

余凌云
2018 年岁末于禧园



我们为什么要重视行政法案例(代序)*

只有在学生们实际运用时,
只有在被实际运用到解决具体法律问题时,
方法论才能被很好地理解和吸收。①

我听见的事情,我忘记。
我看见的事情,我记住。
我去做的事情,我理解。②

或许,作为一本有关案件教学方面的教材,开门见山地谈眼下我们关心的这个话题,多少有点说教的味道,但却似乎是再恰当不过的了。就像很多教师在上第一堂课时都喜欢强调学习这门功课的重要性,尽管在学生们看来,颇似"老翁卖瓜",俗套得掉渣,"老生常谈"得让人多少有些厌烦(boring),但在我看来,这却是一个完整教学体系的不可轻易逾越的、不能随意涂抹的过程。

另一方面,我也想借此机会,通过这样的自我追问,弹衣整冠,从学术上认真整理、反思已经积累的教学经验和学术研究,认真梳理一下案例(case)在行政法的实践和理论发展过程中究竟起到了什么样的作用。然后,把这方面的研究发现和心得体会比较系统地传输给学生。

的确,撰写本书的初衷是为了进一步加强案例教学,是为了探索教学方法的革新,但我却十分不情愿把自己的思考就仅仅局限在这样狭隘的境界之中。我始终坚信,案例分析的教材不能、也不会仅仅是"以案释义",仅仅是行政法理

---

* 本文可能大家读起来像一个漫谈,这却是我刻意追求的。就像一篇散文,形散而神不散。

① Cf. Phillip E. Areeda, "*The Socratic Method*" (1995—1996) 109 *Harvard Law Review* 915.

② Cf. Lee Stuesser, *Skills For The Masses*: "*Bringing Clinical Skills to More Students at Less Cost*" 10 J. ORF. Legal Educ 119,121. 转引自杨欣欣主编《法学教育与诊所式教学方法》,142~143页,北京,法律出版社,2002。

论的脚注,永远是行政法的一个婢女,不能登堂入室。就是从行政审判的制度性效应的角度说,我们也完全有理由把案例分析教材做得更加精致一些,甚至变成为一本很有品位的学术性著作。

这也是我撰写本书时孜孜不倦地追求的一种学术境界,一个学术目标,也是让我心醉神迷的一个学术梦想。我盼望能够超越传统,把学生引领到更加广阔的思考空间;我希望能够超越自我,能够给我的学生更多的、更广阔的视野与学术内涵。我也热切希望读者们不要仅仅把本书看作是一本教材,而更多的是当作一本学术著作来看待。

那么,我们为什么要重视行政法案例呢?

一

早在20世纪90年代就有学者开始审视、批判和反思我国法学教育的弊端。比如,方流芳教授就曾指出:“法学教育被当作真理的传授,而不是激发怀疑和批判精神的一种方法。因此,教授的任务是灌输,而不是鼓励学生怀疑现成的理论、探究理论的背景。”[①]贺卫方教授也说:“在中国近代乃至现代法律教育的学术研究谱系和实际操作谱系两者之间,可以发现一个有趣的‘不曾间断’的理论与现实的紧张关系:一方面,研究者呼吁灵活启发式的教学;另一方面,法律教育从基本面上来看事实上总是‘规训’填鸭式的。”[②]

但是,“灌输”“填鸭”似乎并没有因为受到批判而喊停,因声讨而销声匿迹。从现今每个法学院的每门必修课的闭卷考试看,的确是或多或少地存在着这个问题。那么,如何进一步改进呢?加强案例教学,或许是一个路径。

对一个个具体鲜活而真实的案例进行思考与研究,谋划着解决之道,无疑能够加深我们对行政法理论的理解,品味出理论的精妙,领略到理论的魅力,知道理论是怎么“从实践中来,到实践中去”,同时也能够让我们从中发现某个(些)制度与理论上存在的问题,思考完善的对策。这种测试,“必须把一个漫长的活体生命挤压在特定时间、特定地点、特定程序之中,而这种挤压又是书面化

① 参见方流芳:《中国法学教育观察》,收录于贺卫方编:《中国法律教育之路》,北京,中国政法大学出版社,1997。

② 参见贺卫方编:《中国法律教育之路》,北京,中国政法大学出版社,1997,序。http://article.chinalawinfo.com/article/user/article_display.asp?ArticleID=32555,最后访问时间:2008年11月8日。

的"。[1] 案例研究也就成了连接理论与实践的一个重要桥梁,变成了一个逼真的演练场。"沙场秋点兵",沾上了浓浓的书卷味。

我们可以把司法经验的积累分为两个阶段:一是调查案件的事实。这必须与一个个活生生的人或者组织打交道,会受到调查方法、人际关系、具体情境等诸多变量的影响,需要积累丰富的社会经验,对人情世故的体察。二是在事实基本确定的前提下,纯粹做法律上的分析。

从某种意义上讲,前者是动态的,后者是静态的。在窗明几净的课堂上,在有限的时空内,无法与各色人物交锋,没有调查的情境,要对客观发生的案件事实进行还原、核实,简直是痴人说梦。但是,要做到后者,却不是遥不可及。在课堂上的案例分析,实际上是在操练后一个阶段的任务,是在假定案件的基本事实已经清楚、无须调查的前提下进行的法律上的推演。这当然也是很能够锻炼人的。

而且,加强对本国实践案例的研讨,自然有助于加深对本国问题的了解,获得真实的问题感,透彻理解法律,校正理论研究的态度、路径与方向。法律是一门实践的学科,也必然是一种地方性知识。

二

对案例的行政法分析,完全可以放到更加宏观的视野之中去操作,其意义也就更为悠长深远。我们可以仔细地考察法院是如何发展行政法的。这种具有制度效应的逐步推进,毫无疑问,是通过一个个案件的审判、一个个案件的突破来完成的。那么,法院创制规则的边际又在哪里呢?怎样保证"法院造法"是在宪法允许的制度角色之限度内呢?又有什么样的特征呢?

在这个学术拷问过程中,我们发现了"制度是如何形成的"(苏力语),制度是如何发展的或者应该怎样发展。我们还发现了法院是如何"通过判案发展法律"(何海波语)的,"个案促进法治"(吴革语)是如何发生的。我们就不会、也不敢轻视行政法案件,我们就会把个案之中的努力和成就看作具有"滴水穿石"的效应,会由"点"发展成"面",会成为法治主义实践的一个重要路径,也会使得我们的理论研究不再是"不食人间烟火",会把我们的脸更近地贴在中国实践的"黄土地"上。

要做到这一点,我们仍然必须从大量的创新性判决(实践)之中去观察、归

① 参见余秋雨:《山居笔记》,231 页,北京,文汇出版社,2002。

纳和总结。我们还可以求助于对西方类似经验的考察、比较与分析。当然,我们必须十分警惕,西方的经验是特定情景下产生的,具有地方性。[①] 但这并不否认其中也会揭示出一些共性问题,供我们汲取、佐证。而弄清楚我国法官实践所形成的合理边际之后,又反过来可以成为我们评判今后其他个案的依据和标准,为我国法院的创新性实践寻找理论的支点。这一点很重要。

我曾经参加北京市第一中级人民法院组织的关于“行政诉讼协调问题”的论证会,对法院制度创新的艰难与顾忌深有感触。显然,他们有太多的条条框框,在理论、法律、传统和责任的夹缝之中彷徨、犹豫,踯躅前行。法院的协调,这个在《行政诉讼法》实施伊始就相伴而生的现象,是不是像有些学者责难的,在现行制度中没有生存的法律空间?这种羁绊像一张挣脱不开的网,始终束缚着人们,挥洒不去。

2008 年年初最高人民法院出台的《关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》,之所以要字斟句酌地改为“撤诉”,而不是直截了当地用“协调”,有着几许无奈。据说,也是因为有关权威机关对实践中的“协调”二字“不感冒”,通不过去,刻意要回避。

但我却对这种笨拙的躲闪(不具贬义)很不以为然。在司法审查完毕之后,法院不直接做出裁判,反而是建议行政机关拿回去再“三思而行”,这也不是《行政诉讼法》里面原本就有的啊![②] 在环环相扣的诉讼程序之间挤进的这个程序,循着批判者刚才的批判,也难逃合法性的质疑。

因此,我想通过不断追问“法院是如何发展行政法的”,为其明晰创新的边际。如此良苦用心,只为了给法院解缚,殚精竭虑地为其寻求理论的空间、合法的殿堂。在我看来,只要是在合理的边际中,就“大胆地往前走呀,莫回头!”

还有一个最高的境界,一种类似功夫的化境,是我还不能企及的。我们还可以通过及时观察、研究和总结最新的法院判案,敏锐地捕捉审判发展的动向,梳理出一些有规律性的东西,指导以后的行政审判实践。所以,我相当佩服剑桥大学法学院的 De Smith 教授,他做到了这一点,他的名著《对行政行为的司

① 余秋雨曾写道:“清代来华的不少西方传教士在考察科举制度之后曾大为赞叹,认为发现了一种西方也还没有找到的完善的‘文官选拔制度’,便急切地向世界介绍。但他们的考察毕竟是浮浅的,只是粗粗瞭望了一下科举考试的程序和规则,而未能窥及深潜的隐患,因此他们也就无法理解,有着如此完善的‘文官选拔制度’的中国,怎么会造成国家管理人才的严重匮乏、整体文明素质的日益枯窘、陷于越来越混乱和贫困的境地?”参见余秋雨:《山居笔记》,219 页,上海,文汇出版社 2002 年版。现在我们对西方制度的急切引进之时,是否也会有同样的问题?

② 《最高人民法院关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》(法释〔2008〕2 号)第 1 条规定:“人民法院经审查认为被诉具体行政行为违法或者不当,可以在宣告判决或者裁定前,建议被告改变其所作的具体行政行为。”

法审查》(*Judicial Review of Administrative Action*)因为他而不朽。他甚至比法官们对实践还要敏感,还要身临其境,法官们没有感受到的动向,他觉察到了,还归纳总结了出来。实践的发展也一再印证了他的预测是正确的。

我们还可以通过案件的分析,去观察行政法与行政诉讼之间的内在关系。就像梳理线团一样,找出一根根对应的线头,形成对行政法"支架性结构"的完整认识,并进而有意识地去搭建更多的、更漂亮的、更精致的"支架"。

由此,我们也能够澄清一个问题,知道行政法与行政诉讼之间的关系,和刑法与刑事诉讼、民法与民事诉讼之间的关系很不一样,进而在研究方法上也自觉地摆脱诉讼程序的强烈影响,向行政法靠拢、靠拢、再靠拢,不断积攒行政法自己的语言和东西。让行政法散发出独有的魅力吧,一种让人陶醉的悠悠厚味。

这还没有完。我们还可以在个案的研究中更加关注具体问题,更加关心部门行政法的特殊问题,实现一种理论研究趣味的逐步转移。我始终有一种强烈的感觉与预期,在不久的将来,行政法学者将大量涌入部门行政法领域,部门行政法的个性将会愈发彰显。

三

重视行政法案例,还因对未来制度的憧憬。

最高人民法院在《人民法院第二个五年改革纲要(2004—2008)》中明确提出:要"建立和完善案例指导制度,重视指导性案例在统一法律适用标准、指导下级法院审判工作、丰富和发展法学理论等方面的作用。"而且,由"最高人民法院制定关于案例指导制度的规范性文件,规定指导性案例的编选标准、编选程序、发布方式、指导规则等。"

未来的案例指导制度将会是什么样子?它和普通法上的判例有什么异同?在司法实践中具有什么样的法律效力?诸如此类的问题扑面而来,引起了学者的强烈关注,也刺激了新一轮的判例(法)研究热潮。据我们粗略的统计,1996年至2006年之间,关于宪法与行政法方面的判例制度研究,论文有17篇,其中2004年之后短短的两年内的就有9篇,约占53%。① 人们的态度却大相径庭,有激动、渴望、期盼,也有不看好。

① 对判例制度进行总体研究的,从1985年至2006年论文有131篇,其中2004年之后的有24篇。从1997年到2004年,涉及这方面的著作(包括译著)有29部。感谢清华大学法学院管君所做的统计工作。

最高人民法院行政庭的甘文法官应邀做客清华法学院“德恒行政法论坛”时谈及,由于最高人民法院对审理的案件没有选择权,无法对真正有法律意义和价值的疑难案件进行审理,并作出有创新意义的判决,形成一些新的规则,所以,对案例指导制度的前景表示出不乐观。

另外一个行政法学者赵正群教授也表达过类似的观点,他说:“行政判例的数量过少,显然与我国法院的四级两审终审体制有关。这一司法体制使得最高人民法院极少直接审理案件,在极少直接审理的案件中其类型又必然有限。结果,使最高法院公布的判例在长时间以来,不得不主要采取选择编辑下级法院典型案例加以发表的作法。在增加了以‘法公布’形式发布最高人民法院审结的判决原文以后,又使同为最高人民法院发布的判例,却出现了种类不一,构成形式不一,发挥拘束和指导作用也难以统一的问题。”①

我承认,从自我选择和自我决断的角度看,的确会有上述问题。但我总觉得这种勾连似乎还是受到了西方判例理论的潜意识影响。“判例”不见得只能自己亲手创造。随着地方高院一级的审判水平的迅速上升,最高人民法院也不是没有可能从地方高院(也包括中院)的判决之中遴选到一些有意思的案件,通过《最高人民法院公报》(以下简称“公报”)认可这种地方性创新,变成最高人民法院的指导意见,赋予普适性效力,形成一个个审判的规则。

假如我们再认可梁慧星先生提出的,对于公报中认可的具有创新意味的规则,地方法院在审理相同案件时如果不采用,就必须说明理由,必须指出本案具有与公报案件有着实质性不同,或者雄辩地论证公报案件所认可的规则有问题。在当事人(包括其律师)、上诉法院、媒体和学者的监督或牵制之下,公报案件的指导效力无疑会得到进一步加强,②使得公报上的判案变成为一种地方法院不得不遵从的、不敢轻易逾越的类似法规范的规则。③

同样,我们对地方法院出台的规范性文件的作用也不能小觑。这种规范性文件表面上是类似于行政化的操作,或许我们会指责它是法院行政化的一种表

① 参见赵正群:《行政判例研究》,载《法学研究》,2003(1)。

② 王学辉、邵长茂认为,“指导性案例”的效力来自两个层次:一是以国家权力作为支撑的法院内部上下级的监督关系构成了“指导性案例”效力的形式基础;二是彰显知识和经验价值的实践理性构成了“指导性案例”效力的实质基础。参见王学辉、邵长茂:《“指导性案例”在行政诉讼中的效力——兼论案例分类指导制度之构建》,载《行政法学研究》,2006(2)。

③ 从大陆法系国家的经验看,审级制度的存在的确会对下级法院产生制约作用,使其在突破或者背离已有判例或者规则的时候必须审慎考虑。要想突破或者背离,比较有把握的情况是:(1)持有充分自信时,向被认为不应继续具有合法或公正性的判例挑战,作出自认为合法或公正的判决。当作出这一选择时,法官的自信通常要达到这样的程度,即认为即使当事人上诉,上级法院也会改变在已往判例中所持的立场而支持自己的判决。(2)发现本案与判例事实之间存在着某种实质性不同,从而使判例不适用与本案。参见赵正群:《行政判例研究》,载《法学研究》,2003(1)。

征,但实际上,它仍然是对一定地区的行政审判实践的总结,也是建立在个案的基础之上的。从某种意义上讲,这也可以认为是一种案例指导制度的变形。①

之所以采取这种形式,可能还不能简单地归结为法院的类行政化运作,我觉得很可能是有意在回避着比较敏感的司法解释、公布案例等权限之争。在二审终审制度、法院内部的“执法考评”“错案追究”等制度的催化下,它对下属法院的约束力甚至比国家正式的法律、最高人民法院的司法解释、公报的案例指导还要“灵光”。又因为它已经凝聚为一个集体行为,或许在这过程中还征求过上级法院的意见,因此,就是在上诉或申诉制度下,也多少具有了对抗上级法院的效应,不会被轻易推翻。

在我看来,上述公报案件和地方法院的规范性文件应该算是相当正式的制度,也很可能会成为中国式判例法的雏形。② 与此同时,我们还可以从更加宽泛的意义上来谈案例的指导作用,把因案例的权威性来源而产生的指导(参考)作用也算在内。也就是说,由有权威性的机关公布的案例,也可能基于机关的权威性而对法院的判决以及行政机关的相关制度建设发挥作用。

章剑生教授对可能成为未来中国判例法前身的“典型案件”的研究是细腻的、开创性的,尤其是他对那些处于边缘的“典型案件”的观察和归纳,对我很有启发。我把他的一段研究摘抄如下:

“除此(公报案件)之外,最高法院‘对有重大影响的案件的裁判文书,商请人民日报、法制日报等报刊予以公布’。这类案件公布的目的不在于它对下级法院的‘指导作用’,更多的是一种教育、宣传的意义,一般也没有‘裁判摘要’。另外,由最高法院行政庭编的《行政执法与行政审判》,迄今已公布了 29 份‘最高人民法院行政判决书’。由最高法院行政庭编的《行政审判指导》,迄今已公布了 3 份‘最高人民法院行政判决书’。在形式上与《行政执法与行政审判》公布的行政判决书相同,但其中若干《行政判决书》已经在《公报》上公布过。依照其第 1 辑中的‘卷首语’称:‘随着行政诉讼制度的不断完善和行政审判实践的不断丰富,《行政审判指导》将会更好地发挥业务指导刊物的积极作用。’” ③

在我看来,上述这些边缘性的“典型案件”尽管不具有规范意义,但却很可

---

① 这种看法也许会一不小心把司法解释也拉了进来,引起轩然大波。所以,我还是小心翼翼地把司法解释剔除在未来的案例指导制度的形态之外。其实,我和甘文——一位非常杰出的最高人民法院行政庭的法官的交谈中获知,在司法解释的草拟中,基本上每一个条文也是有具体案件作支撑和来源的,只不过这些出处被隐匿了。所以,司法解释也不是“从一般到一般”,而是案例指导的变形。

② 法院如何通过公报和规范性文件发展法律,详见余凌云:《法院如何发展行政法》,载《中国社会科学》,2008(1)。

③ 参见章剑生:《作为行政法上非正式法源的“典型案件”》,http://article.chinalawinfo.com/article/user/article_display.asp? ArticleID=40389。最后访问时间:2008 年 11 月 8 日。

能成为地方法院法官审理类似案件时查阅的资料来源,在参考之中受到潜移默化的影响,在非规范之中得到规范。我很赞成这种见解——“一个先前判决是否对正在审理的案件具有某种正式的或者非正式的约束力,也是由后来的法官选择、决定的。当代中国指导性案例不是正式意义的法律渊源,它的效力主要是一种说服力,这种说服力的基础是案例本身所提出的、对法律规则的具有一般性的解释或者有关某一或某些法律尚无规定或规定不清的问题的法律解决方法,而这更应当主要是由后来的法院在审理他们所面临的新案件来判断、决定的”。[①] 让后来的法官接受、被说服、主动选择,是指导性案例的核心性内核。

所以,甚至,我们还可以跳出法院的圈子,把案例指导的界定再扩大一些,我们会发现,近年来,政府有关职能部门、司法机关、学界开始热衷于向社会公布本年度发生的“十大典型案件”,也可以算是一种广义上的案例指导制度,与前面章剑生教授所说的后三种“典型案例”有着某种异曲同工之妙。比如,由法制日报社与中华律师协会共同主办、由清华大学法学院、北京大学法学院、中国政法大学法学院、中央财经大学法学院等单位协办的“2005 年中国十大影响性诉讼评选活动”,杜宝良巨额罚单案、奥拓车撞人案等案件成为 2005 年中国十大影响性诉讼。[②] 当然,这类案件的指导作用不在于规则的确定与指导,而是更加侧重于揭示有关制度的缺失与改进方向。通过媒体的炒作与监督,行政机关自我反省和自我约束,它也可能会起到制度化构建的作用。

总之,上述实践已经预示了我们将形成中国特色的判例制度。“中国特色”的定语不是脱口而出的套话,而是有客观实在的依据。上述实践似乎强烈地暗示我们,这种制度将会是多元的、色彩斑斓的,是中央统一化努力和地方分散化实践并存的格局。我们的努力方向是使它们在发展中更加和谐,在互动中实现统一。

四

我觉得还有必要对本书的体例做一番交代。本书共分两编。

第一编突破了以往的行政法案例分析教材只重视个案的分析,而是用大量的篇幅介绍和研究如下问题:法院是如何发展行政法的?行政诉讼法对我国行政法理论与立法实践的影响究竟有多大?行政诉讼与行政法之间的内在关系

① 参见张琪:《试论指导性案例的“指导性”》,载《法制与社会发展》,2007(6)。

② 《2005 中国十大影响性诉讼评选揭晓》,http://news.sina.com.cn/c/2006-01-09/21548817169.shtml,最后访问时间:2008 年 11 月 8 日。

怎样?整个行政法是呈现出一个漂亮的支架性结构吗?它有着怎样的内涵?行政法案例研究和教学的方法有哪些?通过对这些问题的探讨,希望能够帮助学生进一步认识到研究行政法案例的重要性,具有更加广袤的视角。

第二编精选了一些近年来媒体关注、学界讨论过的案件或者事例,运用多种形式进行分析,关键是将案例研究方法融入这些分析模式之中。包括:

(1)传统的案例分析模式。也就是在详细梳理和介绍整个案件发生、发展的基本情况的基础上,提炼出一些比较重要的法律问题,然后针对这些问题逐个进行理论分析。比如,“麻旦旦处女嫖娼案”“汇丰实业公司诉哈尔滨市规划局案”都是属于这种路数。

(2)论文形式的案例研究模式。比如“对行政许可法第八条的批判性思考——以九江市丽景湾项目纠纷案为素材”就是围绕着九江市丽景湾项目纠纷中的几个核心问题展开对相关制度的分析和思考,完全是一种学术论文的形式来研究一个典型的个案。

(3)围绕研究专题对若干案例分散式研究的案例研究模式。比如“对行政机关滥用职权案件的司法审查——从若干判案看法院审理的偏好与问题”,针对法院直接引用《行政诉讼法》(1989年)第54条(二)5“滥用职权”判案的案件比较少的现象,通过对三个典型案件的分析,同时辅以其他案件,思考其中的缘由,了解法院的审查技术,评价其中的得失,从而使我们对第54条(二)5“滥用职权”的实际运用有比较深入的、直观的认识。

我以为,所谓的研究方法应该是多样的,因研究对象和目的而异。就像制作一个精美的紫砂壶一样,要根据壶的形状、雕琢的角度和追求的效果而使用不同的、顺手的工具。任何样式的“党八股”都是大忌的,僵化是一剂无可救治的毒药。因此,对研究方法的介绍和阐述,最好是嵌套在每一个个案的研究之中,因势而变,如行云流水,自然流畅。所以,我对案例研究方法的专门介绍相对简单些、简练些,更多的是留待课堂上随机的讲述。

在本书的附录之中,我收录了两篇近年来我所做的个案研究。包括对“杨叶模式”的分析,以及对金华裁量基准实践的思考。我估计,在这点上或许会引起一些争议。也是考虑到这一点,所以,我就尝试着将这部分的专题研究放到附录之中,这也不影响教学使用。

我在收集案例(事例)时,总是尽可能全面地收集,保持原汁原味。在我看来,这种做法很有意义。因为,即便是读者(练习者)对我从中抽取的法律问题不感兴趣或者不很“感冒”,也可以自己从原始资料之中去提炼感兴趣的法律问题,进行研讨。这样,就能够为案例分析的课程设计增加更大的伸缩空间,活跃课堂、活跃思维。

甚至,在未来的教学中,我还有这样的想法——就是把当事人邀请我参加的案件论证材料,全部原封不动地复印给学生,要求他们在一大堆材料之中自己去梳理问题点,对有关争议进行分析、评判和论证,最后给出自己的结论。然后,组织集体讨论,彼此对立的观点之间进行交锋。

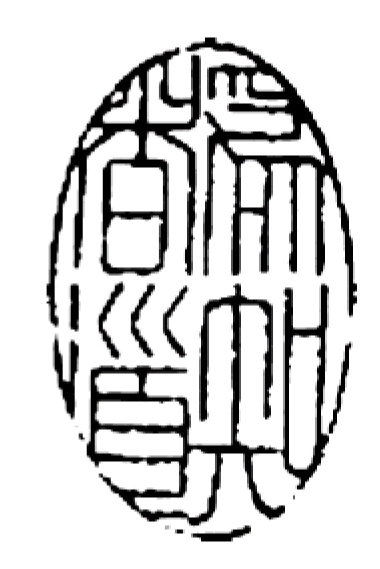
真实的案例就是一个个透视社会和实践的窗口。不少创新性的实践让我们不能不折服于实践者的理性睿智。我在很多场合都说过,"我们要以一种更加宽容的心态、以一种更加欣赏的目光看待实践"。我自己近来的研究也有意识地加大了对实践的关注,不断从实践之中汲取养分,提炼问题感,通过个案研究,进行理论的拷问、思考与批判。

为实践服务,为实践呐喊,为精彩的实践鼓与呼。

余凌云

2008 年仲夏于清华明理楼

2018 年岁末修订于禧园



目　录

第 一 编

法院是如何发展行政法的？*

目　　次

一、引　　言

在行政法的发展史上，有一个现象是十分有意思的，也很耐人寻味：无论是普通法的发源地——英国，乃至其影响所及的美国、澳大利亚、新西兰，还是大陆法系的重镇、号称行政法“母国”的法国，法院的判例都是行政法的主要渊源，或者说，行政法基本上是发轫于法院的判例。这个结论对于很多行政法学人来

* 本文的研究获得了 2007 年教育部“新世纪优秀人才支持计划”资助。清华大学法学院管君、张洪宇同学帮助收集最高人民法院公报案件和所有有关行政诉讼（包括国家赔偿）的司法解释、批复和规定，何海波博士也给了我一些有益的意见和信息。在此一并致谢。本文的部分内容发表在《中国社会科学》2008 年第 1 期，并被中国人民大学书报资料中心复印报刊资料《宪法学、行政法学》（D411）2008 年第 4 期全文转载，主要观点被收入到《新华文摘》2008 年第 11 期“论点摘要”中（第 158 页）。

说简直是耳熟能详,甚至变得像一个定律那样无须思虑、毋庸置疑。

对于以判例法为主要法律渊源的普通法国家来说,这个问题似乎很容易理解。对以成文法为主要特征的法国,行政法却表现出同样症状,可能会让人有些费解。这无疑会激发、并驱使我去追问、探讨其中的个性缘由,但是,我更关心的却是透过个性去思考一些共性问题:判例法是怎样发展行政法的?有着怎样的边际?呈现出哪些规律与特点?会受到什么样的制约?为什么?特别是,在最高人民法院已经明确表达了要摸索和推进建立具有强烈中国特色的案例指导制度的意愿与宏图之后,[①]让我们关心上述问题,似乎更有着浓郁的本土情结与旨趣,是为了解决我们自己的问题。

首先,我有意挑选了英国,努力考察英国法官发展行政法的基本路径,尤其是在历史上法官推动行政法发展的主要实践有哪些?是否存在“法官造法”的边际?因为我始终认为,英国“议会至上”的宪政体制也同样设定了法院与议会之间最基本的法的依从关系,这与我国非常类似,因此,其“法官造法”的经验或许对我们来说更具有借鉴的价值。

其次,我选择了法国。法国是大陆法的先驱,具有浓厚的成文法色彩,拿破仑民法典堪称民事立法之典范。然而,法国行政法的发展路径却是完全依赖于行政法院的审判实践,以判例法为特征。这又是为什么呢?这会不会只是特定历史条件下蕴育、凝练而成的一类“异形”,只是大陆法系国家中的一个特殊例外?我国在传统上也受大陆法的侵蚀,也是成文法国家,法国的经验又对我们有怎样的启示呢?

最后,我将思考,我国法院是否也像上述国家的法院一样具有制定法律的权力或者实践?尽管这是个十分敏感的问题,法院高层的领导也小心翼翼地避免触及这个“雷区”,而是再三强调司法解释“具有普遍的司法效力,但是要次于法律效力”,[②]但是,法院不断代替立法机关制定规则似乎已是不争之事实,而且也不断受到来自学界的批评。[③] 那么,我们就必须思考这种实践是否合理、正当?我国法院发展行政法的形式有哪些?边际怎样?具有什么特点?这属于

---

① 在2005年10月26日,我国最高人民法院发布了《人民法院第二个五年改革纲要(2004—2008)》,在第13项中提出了“建立和完善案例指导制度,重视指导性案例在统一法律适用标准、指导下级法院审判工作、丰富和发展法学理论等方面的作用。最高人民法院制定关于案例指导制度的规范性文件,规定指导性案例的编选标准、编选程序、发布方式、指导规则等。”

② 参见人民网对最高人民法院副院长张军的采访,《近年来高法所作司法解释》,http://www.people.com.cn/GB/14641/14644/3175075.html,访问时间:2007年12月1日。

③ 曹士兵曾分析道:“无论是‘漏洞补充型’,还是‘审判经验总结’型,这一类型的司法解释中都不乏明显带有‘立法性质’的解释内容,与我国现行立法体制和‘法官不能造法’的司法规范之间存有间隙,不时为一些专家学者所诟病。”参见曹士兵:《最高人民法院裁判、司法解释的法律地位》,载《中国法学》,2006(3)。

一种共性，还是仅属个性？

在本文中，我的主要学术努力就是，从行政审判实践这一视角，论证在现代社会中法院具有适度的“造法”功能是社会发展的需要，具有正当性和合法性。而且我的观察结果是，在我国，法院创制行政法规则的实践发展基本健康，法院已经通过自己的实践为自己划定了基本合理的“造法”边际。因此，我们应当为我国法院也应该具有有限的立法权限而辩护，为之鼓与呼。

二、英国法官发展行政法的基本路径

英国在1642年废除星法院（the Star Chamber），1688年革命摧毁了枢密院（the Privy Council）大多数的行政权力之后，取而代之的国王法院（the Court of King's Bench）开始了通过法院（the courts of law）控制行政的时代。法院开始稳固地拓展着越权无效原则（the doctrine of ultra vires）和司法审查原则（the principles of judicial review），任何人到法院去向行政行为的合法性提出挑战，都不再有政治风险，行政法的发展具备了广阔空间。[①]

但是后来，众所周知，因为戴雪（A. V. Dicey）的法治理论影响，[②]英国行政法到二十世纪发展开始迟缓，法院表现出对其宪法功能丧失信心的迹象，面对大量的新的规制性立法，法院却不能发展出与之匹配的新规则。[③]

“二战”期间及之后，行政法的发展落到了最低谷。这或许是因为战争期间行政权达到了最高峰，任何对行政权的掣肘在战时都是不能被容许（忍）的。这种惯性甚至一直持续到1964年，当时瑞德法官（Lord Reid）还在说：“我们没有发达的行政法制度——或许是因为迄今我们还不需要它。”（We do not have a developed system of administrative law—perhaps because until fairly recently we did not need it.）[④]但历史似乎有意在作弄这位颇为自负的法官，就在他话音

---

① Cf. H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, *Administrative Law*, Oxford University Press, 2004, p. 14.

② 戴雪因为对仅一海之隔的法国行政法的误读，以及基于对广泛的行政裁量持全盘否定的态度，他对行政法抱有十分的警惕、反感和不屑。戴雪本人就说过，“英国人不知道什么是行政法，我们也希望对此一无所知”（the English know nothing of administrative law, and we wish to know nothing），“在英国的法律措词中找不到恰当的对应物。”（English legal phraseology supplies no proper equivalent）。Cited from Carol Harlow, “*Export, Import: the Ebb and Flow of English Public Law*”(2000) *Public Law* 243. 戴雪的法治观念在英国产生了巨大而持久的影响，至少在其后的近百年里，行政法在英国发展得十分缓慢。一个人的学说能够左右一个部门法的发展，这在历史上也颇为鲜见。

③ Cf. H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, *op. Cit.*, p. 15.

④ Cited from Lord Justice Woolf, “*The role of the English Judiciary in Developing Public Law*” (1986) *William and Mary Law Review* 669.

刚落,“这个非法的、外来的行政法仿佛一夜之间就出现在法律界,我们得费时多年来叙述它是如何由灯塔里孤独的守望人一点一滴地推进着。”(This illegitimate exotic, administrative law, almost overnight overwhelmed the profession, which for years had been told of its steady advance by the lonely watchers in the tower)①

1. 法官推动行政法发展的实践作用远非我们想象的那么大

在这些“孤独的守望者”当中,有着众多的、我们所熟悉的英国法官,像迪泼罗克(Lord Diplock)、丹宁(Lord Denning)、瑞德(Lord Reid)、威伯福斯(Lord Wiberforce)等等。无怪乎迪泼罗克会“老夫聊发少年狂”,不无豪情地说:“渐趋完善的行政法制度,我把它看作是在我司法生涯之中英国法院取得的最伟大的成就”(progress towards a comprehensive system of administrative law … I regard as having been the greatest achievement of the English courts in my judicial lifetime)。② 这句话在英文文献中也是广为流传、脍炙人口。

但是,迪泼罗克在不经意中忽视了学者们在英国行政法发展中所起到的重要作用,惹得学者不快。所以,福赛(C. Forsyth)忍不住要敲打他:“这不仅仅是法院的成就,学术著述也发挥了关键的作用。”③因为,韦德教授(Sir William Wade)的巨大贡献正在于他从大量的判例之中归纳、总结出了适用于公共机构的特别规则,也就是行政法规则和原则,从而构建了较为完整的行政法理论体系,宣告了行政法在英国的确立。

迪泼罗克的话的确也很容易给人留下片面夸大法官作用的印象。其实,在英国行政法的变化、发展中,几件关键的事都与法官、与司法审查没有太大的关系。一是1958年行政裁判所和调查法(*the Tribunals and Inquiries Act* 1958)的制定,规范了二战以后泉涌般出现的各式各样的行政裁判所,消弭了人们对其裁判活动无序、不规范的不满;二是1958年12月3日成立行政裁判所委员会(the Council on Tribunals),统筹了各个行政裁判所之间的管理、协调与规范;三是1967年通过了议会专员法(*the Parliamentary Commissioner Act*),使

---

① Cf. F. Frankfurter, “*The Task of Administrative Law*” (1927) 75 Univ. of Pa. LR 614. reproduced in F. Frankfurter, *Law and Politics*, Cambridge, Mass. 1939, p. 233. Cited from Sir David Williams QC, “*Sir William Wade QC*”, Collected in Christopher Forsyth & Ivan Hare (eds.), *The Golden Metwand and the Crooked Cord: Essays on Public Law in Honour of Sir William Wade QC*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 13.

② *R. v. Inland Revenue Commissioners, ex parte National Federation of Self-Employed and Small Businesses* [1982] A. C. 617 at 641. Cf. Richard Wilberforce, “*Lord Diplock and Administrative Law*” (Spring 1986) *Puplic Law* 6.

③ Cf. Christopher Forsyth & Ivan Hare (eds.), op. Cit., Preface.

斯堪的纳维亚所特有的 Ombudsman 制度成功地移植到了英国。[①]

在这三件大事的背后，我们会看到英国一个非常重要而独特的因应对策方式——通过组建专门委员会来研究与解决特定问题。这招在历史上频频奏效且沿用至今，对行政法的发展也起到了决定性作用（见表 1-1）。威廉姆斯（Sir David Williams）也认为，因为法律委员会（the Law Commissions）的存在，以及法律委员会能够事先研究如何解决法规范的缺失，提出解决问题的方案，并寻找机会游说议会采纳其研究方案。就解决问题的范围和效率而言，无疑要优于法官在个案中的“造法”。[②]

表　1-1

年　　份	研究机构	研究问题	对法制实践的直接影响
1929—1932	部长权力委员会	委任立法与行政审判权	委任立法的部分改进
1955—1957	弗兰克斯委员会	行政裁判所与公开调查	《行政裁判所和调查法》（1958）的颁行，行政裁判所委员会的成立
1961—1966	怀亚特委员会	除行政裁判所和公开调查外的行政权力行使	《议会行政监察专员法》的颁行，议会行政监察专员的成立
1969—1976	英国法律委员会和苏格兰法律委员会	司法审查程序	《申请司法审查》的颁行
1971	英国司法学会	依法行政	—

所以，在推动行政法的发展过程中，法官的作用虽然有，但却有限。而且，基于以下分析的原因，英国法官在创造和发展行政法过程中也并不像我们所想象得那样，可以“无拘无束”“天马行空”，甚至是“无所顾忌”。恰恰相反，英国人对司法、议会和行政之间的微妙关系是相当的敏感，他们的法官非常谨小慎微，有着很好的平衡感，不会、也不敢去篡夺（usurp）立法机关或者行政机关的权力。

首先，在传统的观点看来，由非选举产生的法官，通过司法程序来制定法律规则，显然是不妥当的。而且，这样会使得法官陷入有关公共政策的争议之中，

① Cf. Sir David Williams QC, “*Sir William Wade QC*”, Collected in Christopher Forsyth & Ivan Hare (eds.), *The Golden Metwand and the Crooked Cord: Essays on Public Law in Honour of Sir William Wade QC*, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 1-2.

② Cf. Sir David Williams QC, “*Sir William Wade QC*”, Collected in Christopher Forsyth & Ivan Hare (eds.), *The Golden Metwand and the Crooked Cord: Essays on Public Law in Honour of Sir William Wade QC*, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 1-2.

会使得其判决不再具有确定性和可预测性,也容易让法官招致批判。[①] 这种传统的观念尽管后来受到了批判,但是,其也不无道理。

其次,从法的确定性、可预测性和规范性来讲,议会的立法无疑会很贴切地满足这些基本的要求,因为议会制定的法律是不具有溯及力的(retrospective)。但是,"法官造法"(judge-made law)却是在特定的情境之中发生的,是在正在处理个案的过程中"随机"地出现的,通常具有溯及力。所以,从公正角度讲,也不宜多有。[②] 这就是为什么有了"遵循先例"原则(*stare decisis*, the doctrine of precedent),作为一种羁绊和约束。

最后,在英国的历史上一度认为法官只是发现和宣示法律,根本不可能去"造法"。有一种听起来近似神话的说法,在一些阿拉庭的洞穴中藏着金光闪闪的普通法,在任命法官时就会传给他芝麻开门的咒语。如果发生误判,那就是法官忘记了咒语,开启了一扇错误的大门。(Those with a taste fairy tales seem to have thought that in some Aladdin's cave there is hidden the Common Law in all its splendour and that on a judges's appointment there descends on him knowledge of the magic words Open Sesame. Bad decisions are given when the judge has muddled the pass word and the wrong door opens.)[③]当然,这种传统的观念已经被扬弃。但是,英国固有的保守性也使得法官不可能走得太远。

2. 实践的形式与边际

法院在发挥司法能动性发展行政法方面,必须首先解决的问题是:什么叫法院合法地发展法律(what is the legitimate development of the law by the courts)?什么叫对议会立法功能的不当侵犯(what is an impermissible encroachment upon the legislative functions of parliament)?它们两者之间的界限怎么划定?这个问题十分复杂,也很难说得很清晰。高夫(Lord Goff)就曾感慨道:"尽管我十分清楚应该有这样的边际,但我却从不确信怎么找到它。它似乎随着个案而变化不定。"(although I am well aware of the existence of the boundary, I am never quite sure where to find it. Its position seems to vary from case to case.)[④]

---

① Cf. Anthony Lester, "*English Judges as Law Makers*"(1993) *Public Law* 270.

② Cf. Lord Reid, "*The Judge as Law Maker*"(1972—1973) 12 *Society of Public Teachers of Law* 23.

③ Cf. Lord Reid, "*The Judge as Law Maker*"(1972—1973) *Society of Public Teachers of Law* 22.

④ Woolwich Equitable Building Society v. Commissioners of Inland Revenue [1992] 3 W. L. R. 392 G-H. Cited from Anthony Lester, "*English Judges as Law Makers*"(1993) *Public Law* 280.

尽管有关文献的介绍似乎显得有些杂乱、语焉不详，但是，通过阅读，我们大致也能够知道、能够粗略地梳理出英国法院是如何推进和发展行政法的。至少我们从他们的有关实践中可以窥得一斑，知道他们的着力点和发力点在什么地方。

（1）新的司法救济方式的引入，简化诉讼程序，加速了英国行政法的发展

在英国行政法形成过程中，非常值得一提的一个重要改革就是1977年最高法院规则第53号令（*the Order* 53 *of the Rules of the Supreme Court*）。因为在此前，英国在行政救济上存在着公法上的救济手段和私法上的救济手段之分，各自适用不同的程序和范围，十分复杂，当事人选择不便。一旦选择差错，纵然有万般理由、千般冤屈，也无法获得有效救济。[①] 而且，公法上的特权令（prerogative orders）和私法上的救济都存在着不少的缺陷，对于前者来说，诉讼资格规则比较复杂、只在极例外的情况下才实行对质（cross-examine on affidavits）、特权令不能与其他救济一并使用等；后者缺陷稍微少些，但也有，比如禁止令不适用于国王。

最高法院规则第53号令于1978年实施之后，建立了统一的综合的程序规则，称为“申请司法审查”（application for judicial review）程序，将上述两类救济手段都统和到一个程序之中，增加与整合了救济的功能，简化了救济程序，同时也不对行政机关造成过分的滋扰和妨碍。上议院（the House of Lords）在*O'Reilly v. Mackman*案中不容置疑地指出，无论何时，当事人都得采用第53号令规定的申请司法审查的途径。[②]

实际上，在司法推动行政法的加速发展方面，这种新的司法审查的救济方式的引入，起到了不小的作用（the acceleration in judicial activity in the development of public law is in no small part due to the introduction of the new remedy of judicial review）。[③] 更加让我感兴趣的是，这种创新是通过法院的规范性文件（法令形式）、而不是我们传统上所理解的判例来完成的。后来，1977年最高法院规则第53号令的有些内容被1981年最高法院法（*the Supreme Court Act* 1981）所确认。[④]

---

① 参见王名扬：《英国行政法》，194～195页，北京，中国政法大学出版社，1987。

② Cf. D. G. T. Williams, “*Administrative Law in England*: *the Emergence of A New Remedy*” (1985—1986) 27 *William and Mary Law Review* 715, 718-720.

③ Cf. Lord Justice Woolf, “*The role of the English Judiciary in Developing Public Law*” (1986) *William and Mary Law Review* 670.

④ Cf. Michael Supperstone QC & James Goudie QC, *Judicial Review*, Butterworths, 1997, pp. 14.3-14.4.

(2) 不断拓展司法审查的范围

英国行政法在1960年代开始中兴,其重要的表征之一,就是法院不断扩大其管辖的范围。比如,彻底抛弃了行政裁量不受拘束的观念,把所有的行政裁量行为都纳入司法审查范畴。[1] 又比如,在 *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission* 案中,上议院宣布《涉外赔偿法》(*the Foreign Compensation Act* 1950)规定的"涉外赔偿委员会作出决定不得诉诸法院"(a determination of the commission shall not be called in question in any court of law)是越权、无效的,扫清了对救济的限制,大大扩展了法院的管辖范围。[2] 再比如,攻克了国家特权的堡垒,不接受任何无理的主张,规定所有的法律错误都可以审查。[3]

(3) 敢于、善于运用法律原则

早在20世纪60年代初,在瑞德,丹宁和威伯福斯的带领下,英国法官为英国行政法注入了新的生命,他们让古老的自然正义和公正原则得以复活,并扩大适用到行政机关和行使公共权力的私人组织。[4] 1963年上议院在 Ridge v. Baldwin 案的判决是一个转折点,之后,在1968年到1969年间出现了一批重要的判例。用迪泼罗克的话讲,就是使得建立在越权无效观念基础之上的一个合理而系统的行政法体系,在英国能够得以迅速地发展起来(made possible the rapid development in England of a rational and comprehensive system of administrative law on the foundation of the concept of ultra vires)。其后,英国法官更加乐于不断形成原则(reformulate principles),巩固胜利果实。[5]

(4) 通过判决确立和完善法院的审查规则

沃尔夫(Lord Justice Woolf)在一篇关于"英国司法机关在发展公法中的作用"文章中,通过大量判例的分析,非常详细地阐述了迪泼罗克在GCHQ案件中提出的极其著名的、构成英国司法审查基础的"三个司法审查标准",以及它们在诸多案件的审理之中的经典运用,尤其是具有创新意味的适用,以此来例证英国法官是如何推动行政法发展的。[6] 威伯福斯在一篇纪念迪泼罗克的文章中也提到了这一点,并说"在这整个领域里,我们可以看见一个司法立法者谨慎

① Cf. H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, *op. Cit.*, p. 354.

② Cf. H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, *op. Cit.*, p. 718.

③ Cf. H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, *op. Cit.*, p. 17, p. 264.

④ Cf. Anthony Lester, "*English Judges as Law Makers*"(1993) *Public Law* 278.

⑤ Cf. H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, *op. Cit.*, pp. 17-18.

⑥ Cf. Lord Justice Woolf, "*The role of the English Judiciary in Developing Public Law*"(1986) *William and Mary Law Review* 669-677.

地工作着”（In the whole of this area we can see a judicial legislator—cautiously—at work.）。[①]

在迪泼罗克提出的“不合法”(illegality)、“不合理”(irrationality)、“程序不适当”(procedural impropriety)的司法审查标准“三分法”之中，尤其有意义的是“不合理”(irrationality)，它使得法院得以在这一独立的审查标准之下理直气壮地开展并拓深司法审查，而不需要像以往那样羞羞答答地假借着“存在法律错误的推定方法”来进行合理性审查。[②] 在迪泼罗克“三分法”之外，丹宁在Schmidt案中又增加了“合法预期”(legitimate expectation)。[③] 近些年来，在人权法(Human Rights Act 1998)和欧洲人权公约(the European Convention on Human Rights)的影响下，越来越重视对人权的保障，人权甚至成为了法院的另外一个重要审查标准。

上述审查标准的确立，实际上是法院（而非议会）自我界定了司法权对行政权的干预边际，确定了司法的适当角色，在宪法结构之下巧妙地改变议会、司法和政府之间的权力平衡关系。[④] 因此，其在行政法发展中的重大意义也就不言而喻了。

在以上英国法院发展行政法的实践之中，我们不难发现，事实上英国法官并不像我们所想象的那样，具有神奇广大的、法力无边的造法能力。甚至从专门论述司法如何发展公法的论文之中，[⑤]我们也很难发现英国的法官会去触及一些实体立法问题，比如，行政机关应该享有哪些权力？权力行使的具体条件？等等。因为，法院与议会毕竟存在着社会分工，立法活动主要由议会来实施。如果法院直接为行政机关确定实体上的行为规则，无异于越俎代庖，会给法院招致很多的麻烦，也不容易使法院的判决被方方面面所接受。

马格瑞特(Sir Robert Megarry)指出：在新领域立法，这不是法院的功能。延展现存的法律和原则是一回事，创设全新的权利则是另外一回事。(it is no function of the courts to legislate in a new field. The extension of the existing laws and principles is one thing, the creation of an altogether new right is another.)[⑥]有的时候法官也必须制法，但是，他们只是在空隙之间，分子运作，

① Cf. Richard Wilberforce, “*Lord Diplock and Administrative Law*”(1986) *Public Law* 6-7.

② Cf. Michael Supperstone QC & James Goudie QC, *Judicial Review*, Butterworths, 1997, p. 6. 8.

③ Cf. Richard Wilberforce, “*Lord Diplock and Administrative Law*”(1986) *Public Law* 7.

④ Cf. Anthony Lester, “*English Judges as Law Makers*”(1993) *Public Law* 279.

⑤ e. g., Lord Justice Woolf, “*The role of the English Judiciary in Developing Public Law*”(1986) *William and Mary Law Review* 669.

⑥ Cf. Anthony Lester, “*English Judges as Law Makers*”(1993) *Public Law* 285.

而不是整体运作。只能个案去做,不篡夺议会的功能,避免在这种复杂、敏感的领域出现泛立法化的危险。(The courts could do so interstitially and by molecular rather than molar motions, case by case, without usurping the functions of Parliament, and avoiding the dangers of broad legislative generalisations in this complex and sensitive area.)[①]

其实,我觉得,事实上英国法院也不太可能在实体性立法上与议会发生过多的纠葛。道理很简单,英国人所理解的行政法,特别是建立在法院判例法基础上的行政法,是以行政程序和司法救济为核心与基本内容的。法院从这两个界面展开其创制规则的活动,风险不大。

首先,要知道,尽管实体性立法可以在不同的行政领域各具姿态,但是,行政程序却是可以统一的,一般不会因行政领域的不同而有实质的差别。而法官本身就是程序操作的行家,洞悉其中机理与奥秘,能够把握好进退的尺度分寸。法院在个案的审判中要求行政机关遵守正当程序,也不至于真正"侵犯"行政机关的行政权以及立法机关的立法权。[②]

其次,至于司法救济方面的革新举措,包括增加救济手段、完善诉讼程序和规则,既能够给当事人带来公正的结果,也不容易引起行政机关的反感和公众、媒体的指责与非议,谁会(敢)公开地反对给相对人(原告)提供权利救济和保障呢?所以说,法院还是比较明智的,给自己划定了一个安全的边际,找到了一个能够充分施展才华的舞台。

三、法国行政判例法是大陆法系国家的一个特例吗?

弗德尔曾说过:如果我们设想立法者大笔一挥,取消全部民法条文,法国将无民法存在;如果他们取消全部刑法条文,法国将无刑法存在;但是如果他们取消全部行政法条文,法国的行政法仍然存在,因为行政法的重要原则不存在成文法中,而存在于判例之中。[③]

在法国,从历史发展的角度看,并不是要有一个特殊的机构来执行行政法,法国才创设了行政法院。事实恰好相反,是负责对行政机关进行法律审查的机

---

① Cf. Anthony Lester, "*English Judges as Law Makers*"(1993) *Public Law* 286.

② 参见余凌云:《行政自由裁量论》,19~20 页,北京,中国人民公安大学出版社,2005。

③ 费德尔:《行政法》,1984 年法文版,第 107 页。转引自王名扬:《法国行政法》,21~22 页,北京,中国政法大学出版社,1988。

构自己创设了其内涵，也就是行政法（*droit administratif*）。[①]

行政法上许多极其重要的内容，比如，行政法与私法之划分（demarcation between administrative law and private law）、各类行政行为形态理论（the theory of the various forms of administrative action）、行政行为合法性要件（the conditions as to substance and form for legality of administrative action）等都可以溯源到行政法院的判例法。[②] 法国甚至走得比英美国家还远，做得还要彻底。英美两国虽以判例法为特色，但行政主体责任却不是由法院的判例产生，而是由成文法制定；而法国的行政主体赔偿责任的基本原则却不是由成文法规定，而完全是由判例产生。[③]

根据布朗（Brown）和拜尔（Bell）的研究和归纳，法国行政法院在这方面的成就有四个方面：（1）行政法院创设和适用的实体法特别具有适应性（the specially adapted character of the substantive law created and applied by the administrative courts）；（2）判例法和救济具有灵活性和原则性（the flexible and principled character of their case-law and remedies）；（3）发展了特别程序（the special procedure they have evolved）；（4）将行政法原则引入行政过程之中（the willingness to introduce administrative-law principles into the administrative process itself）。[④]

1. 造就于特定的历史情境

那么，何以如此？当时的社会背景是，一方面，在新兴的资产阶级和封建贵族的斗争之中，普通法院（*parlements*）由于是在封建时代逐渐形成的，与那个时代、那个阶级有着千丝万缕的联系，代表着保守力量，不断阻挠资产阶级新政。另一方面，当时拿破仑也想加强中央集权，对各省和中央行政机关实行近乎军事化的严格控制。[⑤] 拿破仑可能是出于对当时国际和国内形势的判断与考虑，只有减少掣肘，强化行政，才能有效动员社会资源，组织对外的战争。因此，新兴的资产阶级祭起了三权分立（separation of powers）的大旗，主张行政权行使过程中产生的纠纷属于行政问题，不受普通法院管辖，而应该在行政系统内建

---

① Cf. H. D. Jarass，（1981） DOV，813，814. Cited from Jugen Schwarze，*European Administrative Law*，Sweet & Maxwell，1992，p. 102.

② Cf. Jugen Schwarze，op. Cit.，p. 105.

③ 参见王名扬：《法国行政法》，714 页，北京，中国政法大学出版社，1988。

④ Cf. L. Neville Brown & John S. Bell，*French Administrative Law*，Clarendon Press. Oxford，1998，p. 291.

⑤ Cf. L. Neville Brown & John S. Bell，*French Administrative Law*，Clarendon Press. Oxford，1998，pp. 24-25.

立起一种行政审判制度(la juridiction administrative),专司处理行政纠纷,从而与普通法院彻底分道扬镳。

从某种意义上讲,法国之所以在司法之外建立一套行政法院系统,很大程度上是公众对司法不信任的产物,[①]是法国人在其政治制度中摸索出的一种控制行政权的机制。在这里,由国家参事院(council of state)演变而来的法国行政法院(*Conseil d'Etat*),是建立在行政内部的层级监督基础之上,并把行政审判权看作是行政系统内部的一种固有的权力,行政审判是行政内部监督方式的一个"变种"。

当然,在制度形成之初,英国、美国,甚至包括法国自己的一些人也颇担心:这种建立在行政系统内部的审判体制会不会运转不灵,无法有效监督行政权?但是,我们不能仅仅因为这种形式而指责它不好。好还是不好,关键要看它对行政权的控制成效。正如波查德(Edwin M. Borchard)指出的,个人是否能够得到有效的保护,以免行政机关侵犯,个人能否得到充分的自由保障,以对抗群体的侵犯,不取决于制度或者裁判机构叫什么,而决定于其创设的政治制度中所反映出来的特定社会的传统与取向(the mores of a particular community)。[②] 法国行政法院的长期审判实践证明了其是适合法国国情、能够保障个人自由的一种行政控权机制。威尔(Weil)称赞法国行政法是一个"奇迹"(miracle),尽管它是极权主义的产物,但却成为当今世界所熟知的一种最全面地保障个人自由的机制。[③]

诞生于如此特殊的历史情境之中,很自然的,行政法院不会、也不可能像普通法院一样去适用民法和其他私法规定,否则就失去建立上述"双轨制"的必要性和正当性。更重要的是,由于行政案件涉及行政机关、公共权力和公共利益问题,行政法院在适用规则上也肯定不可能与适用私人之间的私法完全一致。

然而,从历史上看,公法的发展又是缓慢的,没有多少理论积淀,可以哺育法国行政法。法国又号称是"行政法的母国",这个尊崇的荣誉同时也意味着其没有多少别国的经验或立法可供借鉴,只能自力更生。又因为"行政事项极为繁多和复杂,行政法官经常遇到无法可依的情况,不能不在判决中决定案件所依据的原则,从而使行政法的重要原则,几乎全由行政法院的判例产生。"[④]

---

① 也正是因为对司法的不信任,所以,即便是在1790年宪法通过之后,法国人还不允许法院享有宣布立法违宪的权力。Cf. Edwin M. Borchard, "*French Administrative law*"(1932—1933) 18 *Iowa Law Review* 135.

② Cf. Edwin M. Borchard, "*French Administrative Law*"(1932—1933) 18 *Iowa Law Review* 134.

③ Cf. L. Neville Brown & John S. Bell, *French Administrative Law*, Clarendon Press. Oxford, 1998, p. 25.

④ 参见王名扬:《法国行政法》,21页,北京,中国政法大学出版社,1988。

那么,为什么不按照传统的国家权力分工交给议会来立法?这主要是因为1789年以后,立法机关极易受到政治风云变幻的影响。在很多时期内,议会实际上把广泛的立法权拱手让给了行政机关。权力在议会和行政机关之间的来回倒手,是法国政治一个周而复始的主题(recurrent theme)。[①] 这在造成政局不稳的同时,也进一步强化了行政法院的地位与功能。换句话说,是议会立法职能的长期"缺位"和不稳定运行,促成了法国行政法院制定判例法(case law)的事实。为了使行政审判活动能够有规可循、有据可依,而把行政法院"逼上梁山"。

2. 何以能被接受?

在缺少立法的前提下,行政法院之所以能够有效地确立良好行政的标准和规则,并被行政机关所接纳,其原因,在我看来,与其本身隶属于行政系统,同时在这个系统之中又享有较高的地位有关系。[②] 从某种意义上说,通过判例创设法律,实际上是行政系统自己在制定行政的规则,[③]那么,行政机关没有理由不遵循。至于"法院造法"之所以同时也能够为公众所认同,可能是因为在当时的社会背景与氛围之中,公众认为,行政机关更具有进取心,更能够代表公众的利益。事实上,行政法院的判决也的确起到了维护个人利益的作用。

正因如此,法国行政法上尤其强调行政法院与行政机关之间的"天然"联系,要求法官要对行政管理的合理需要有着内在深切的体悟。这种"链接"是行政法院之所以能够通过判例确定妥当的、能为行政机关执行的标准(standards)的能力基础。正如欧登(Odent)所说,如果行政法官与动态的行政隔绝,不能始终保持对行政的需求与限制的体认,那么,他们将会失去其特有的品质(If administrative judges were isolated from the active administration, if they ceased to be in constant contact with the needs and constraints of administrative life, they would lose their specific character)。[④]

所以,我们也就不难理解,为什么在法国,行政法院的法官一定要遴选于法

---

① Cf. L. Neville Brown & John S. Bell, *French Administrative Law*, Clarendon Press. Oxford, 1998, p. 25.

② 布朗和柏尔有一段话很值得注意,他们说,下级行政法院的法官与动态行政之间的互动,相比起最高行政法院来讲,就稍逊一筹。他们与最高行政法院的同行(elite corps)比,也不具有那么高的行政地位。Cf. L. Neville Brown & John S. Bell, op. Cit., p. 291.

③ 法国行政法院迄今还有一个相当重要的职能,就是为政府部门和其他公共机构制定法律、规则和规定提供咨询意见。为此,他们投入了巨大的智慧与才能,其结果是对上述规范性文件的起草要求极高。Cf. Roger Warren Evans, "*French and German Administrative Law: with Some English Comparisons*"(1965) 14 *International and Comparative Law Quarterly* 1108. 这种功能很值得关注。它也进一步证实了我的感觉。在我看来,从这个功能上讲,法国的行政法院似乎有点像是我国的国务院法制办。

④ Cf. L. Neville Brown & John S. Bell, *French Administrative Law*, Clarendon Press. Oxford, 1998, p. 288.

国国家行政学院的高材生?[1] 为什么他们进入法院之后,还要到行政机关“挂职锻炼”?这只能有一种解释,那就是只有把法官也训练成行政管理者(administrators),他们才可能有这样的能力(capacity),根据各种公共服务的不同要求,把行政合法性原则和行政责任原则妥帖地适用(adapt)进去。[2] 换句话说,行政法院制定判例法实质上就是行政机关制定规则。法官判决实际上就是在参与行政政策的形成和决策。所以,需要法官对行政任务有着透彻了解,对行政政策要进行全盘的权衡考量。既要实现保障相对人权益、控制行政权,又要避免给行政机关造成不必要的桎梏。“要帮忙,不添乱!”

既然判例法是一种类似立法的活动,当然要有严格的程序保证。最高行政法院对重要案件,带有法律原则性案件作判决时,要经过特别慎重的考虑。在判决前,案件由报告员、报告员小组、政府专员仔细审查研究和讨论,才提出建议供判决庭讨论。最高行政法院的判决,逐年逐月公开发表,供学术界讨论和研究,法学界对于判决的评价,也能提高最高行政法院判决的质量。[3]

3. 优点与长处

行政法院的判例法具有原则和灵活的优点(merits)。经济与社会的迅猛发展对公共行政不断提出新的要求,在一个崇尚自由的社会之中,公民的权利也亟待保障,在这两者之间需要平衡。由于不受严格的遵循先例原则的拘束,也没有立法的“紧身衣”(strait jacket),行政法院在这方面的尺度把握上显得游刃有余、从容不迫,敏捷而灵活。[4]

通过判例来发展行政法,在我看来,更契合与行政权博弈的要求。因为,要想有效地控制行政权,也不那么容易,不可能像规范相对人那么简单,令行禁止、定名止分,通过一个或者一系列的法律就可以“毕革命成功于一役”。正如威尔指出的,行政法就像西西弗斯(sisyphus)和他的巨石一样,总是不断地与试图挫败或者至少是磨平它的抗拒力量进行较量。事实上,行政法与其他法律是不一样的。在行政法上,国家本身成为行为规范与禁止的客体。但是,从封建制发展而来的国家,是具有绝对统治力的(imperium)、强有力的(power),这种权力不太容易驯服于法律和法官。法国行政法院的明智之处就在于它知道不可能一蹴而就(The wisdom of the *Conseil d'Etat* has consisted in understanding that it could not do everything at once)。[5]

---

① 参见王名扬:《法国行政法》,22页,北京,中国政法大学出版社,1988。

② Cf. L. Neville Brown & John S. Bell, op. Cit., pp. 291-292.

③ 参见王名扬:《法国行政法》,22页,北京,中国政法大学出版社,1988。

④ Cf. L. Neville Brown & John S. Bell, op. Cit., p. 294.

⑤ Cf. Prosper Weil, “*The Strength and Weakness of French Administrative Law*”(1965) *The Cambridge Law Journal* 243.

所以，在上述特定的历史情境之下，必须由行政法院审时度势，通过个案的审判来逐个地突破，由量变到质变，从而取得全面的胜利。比如，19 世纪之后，行政法院很清楚地意识到，不可能把民法典（the Civil Code）适用到国家身上，让后者为其所有的过错承担赔偿责任。行政法院更愿意承认国家责任（state liability）既非一般也非抽象，而是因公务需要而有所不同。正是从这种谨慎的姿态出发，行政法院才能够一步一步地把国家责任拉平到（draw level with）、甚至超过了（surpass）现在的民法责任水平（Civil Law liability）。①

4．大陆法系的一个特例？

判例法在德国行政法上似乎就不像在法国那样显赫。在刘兆兴的一篇关于“德国行政法的法律渊源”文章中，并没有怎么突出法院的判例在法律渊源中有何突出的作用，似乎只轻描淡写（——给我的感觉如此）地写道：“行政法的一般原则并不是一种独立的法律渊源，它主要是通过司法判决和学理上发展起来的不成文的一般原则”，“‘法官法’只能是在现行的制定法的适用过程中产生，并且只是一种补充法律的‘法官法’。”②读起来多少让人感觉法院的判例在德国并不像法国那样显得多么重要，这无疑让人觉得有些沮丧。

那么，为什么会这样呢？首先，尽管从历史上看，德国行政法受到了法国行政法的强烈影响，③但是，直到二战之前，德国行政法院的管辖十分有限，必须由特定法律明确规定。没有法律明确规定，就没有救济。④ 相形之下，留给法官的自由发挥空间十分狭小。只是到了二战之后，在英美占领下，受到后者影响，判例法才被重视和发展。因此，与英美相比，德国判例法的发展空间、现实作用，恐怕不会超越，只会更窄。其次，德国人具有根深蒂固的成文法的心理依赖路径和法律文化传统，有着持续不断的、强烈的法典化倾向（a tendency towards codification），会不断地、不失时机地把判例迅速上升为法律。而法国先前的经验也为德国立法提供了滋润充足的“母乳”。事实上，德国行政法的大部分都已

---

① Cf. Prosper Weil, “*The Strength and Weakness of French Administrative Law*”(1965) *The Cambridge Law Journal* 244. 这种解释问题的思路，对我很有启发，似乎也可以同样运用到对我国《行政诉讼法》《国家赔偿法》的解释之中，从另外一个侧面帮助我们回答：为什么《行政诉讼法》(1989)第 11 条要这么设计，对人身权、财产权之外的其他权利的保护、对受案范围的突破，都依赖第 11 条第 2 款规定的“法律、法规规定可以提起诉讼的其他行政案件”？为什么在立法之初，国家赔偿的标准较低，甚至比不上民事赔偿？这种现状为什么到现在应该、也必须扭转和改变？

② 参见刘兆兴：“德国行政法的法律渊源”，http://www.jcrb.com/zyw/n132/ca73203.htm，访问时间：2007 年 12 月 1 日。

③ 比如，奥托·迈耶的不朽之作《德国行政法》中的总论与分论体例、行政行为等都是受到法国行政法的影响。

④ Cf. Roger Warren Evans, “*French and German Administrative Law: with Some English Comparisons*”(1965) 14 *International and Comparative Law Quarterly* 1109.

经法典化了。[①] 在强大的法典化过程中,判例法只能、也只好充当婢女。

同样很有意思的是日本。尽管二战之后美国人大量输入普通法元素,但是,日本仍然顽强地表现出成文法中心主义的特征。这是因为:第一,行政法的内容涉及对专业技术的规范事项。第二,在行政权的发动方面,应赋予国民预测的可能性。第三,由于在民主主义社会中行政权的发动必须具有民主正当性,因此,在权力行政的领域,应该由代表国民的议会制定法律成为第一层次的法源。[②] 当然,判例法依然存在,"法官造法"的现象也同样有限度地存在。尤其值得注意的是,法院通过对滞后的法律规定进行"补充解释","赋予其适合现代社会的新的意义和内容",事实上"变更原来的法律宗旨的情况也不少"。[③] 盐野宏对这种现象的解释是,"由于由法律规定所有事项是困难的,所以,待产生纷争时,便有委任给法院判断的余地",因此,在"许多尚未制定成文法典"的领域,"确实是由法院的判决形成法"。[④]

因此,很显然,法国行政法院的判例法及其对行政法构建所起到的巨大作用,可能只是在特定的历史情境之中的特殊产物。因为资料所限,我无法逐一分析所有大陆法系国家的判例法。但是,德国和日本的经验都没有显现和重复法国的特征,法国的经验恐怕在整个大陆法系传统的国家中也只是一个例外(?)。[⑤]

在我看来,法国的经验值得我们借鉴的不多。首先,法国的行政判例法的发展起始于行政内部的层级监督,更近乎是行政机关自己在制定行政的规则。所以,很多行政法制度和审判规则能够突破我们所理解的分权原则的边际。其次,由判例来支撑、"逐点突破"式地形成的行政法制度,难免就会有零乱不齐的感觉。不像成文法那样对某一领域问题有宏观、统筹和系统的解决思路。所以,其中一些制度的差异与问题的处理是很难用理论圆满解释的,更多的是体现相对理性和实践理性。或许,法国的行政法制度后来不为其他国家更多的仿效(包括我国),渐趋式微,与此有很大的关系(?)。

---

① Cf. Zaim M. Nedjati & J. E. Trice, *English and Continental Systems of Administrative Law*, North-Holland Publishing Company, 1978, p. 46.

② 参见应松年主编:《四国行政法》,231~232 页,北京,中国政法大学出版社,2005。

③ 参见杨建顺:《日本行政法通论》,156 页,北京,中国法制出版社,1998。

④ 参见盐野宏:《行政法》,杨建顺译,45 页,北京,法律出版社,1999。

⑤ 目前能够收集到的关于法国行政法这方面的资料基本上停留在 20 世纪 80 年代前后,法国判例法的新近发展,以及在法规范体系中的地位、作用变化如何,则无从知悉、不甚明了。但是,我猜测,随着立法机关的工作机制渐趋正常稳定,必然会凸现出成文法的优越性,所以,判例法发挥作用的空间会被适当压缩。

四、我国法院发展行政法的实践形态

我国法院也的确具有类似西方国家法院的法规范的创造能力,这似乎是不争之事实。我们可以从有关对司法解释的批判性研究以及引入判例法的讨论等文献中得到初步的证实。

在我国,因为长期缺少官方的对所有法院判决的公开汇编制度,因此,我们很难研究、统计到底在行政审判实践中法院都做过哪些“突破性”的判决来发展法律。[①]

但是,这并不意味着我们无法进一步去研究我国法院是如何通过行政审判去发展法律的。可供我们探寻的路径至少有三条:一是通过比对,发现最高人民法院的司法解释是如何发展行政法的。二是通过归纳,发现最高人民法院公报中的行政案件是如何发展行政法的。三是通过对近年来媒体关注和报道的行政案件、法院行政审判活动,看个别法院是如何在个案审理或者行政审判工作中发展行政法的。

1. 蕴涵于司法解释之中的“法官造法”

全国人大常委会《关于加强法律解释工作的决议》(1981 年 6 月 10 日第五届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过)对司法解释的权限有比较明确的规定,“凡属于法院审判工作中具体应用法律、法令的问题,由最高人民法院进行解释。凡属于检察院检察工作中具体应用法律、法令的问题,由最高人民检察院进行解释。最高人民法院和最高人民检察院的解释如果有原则性的分歧,报请全国人民代表大会常务委员会解释或决定。”也就是说,只能就法律的具体应用问题作出解释。

至于“法律、法令条文本身需要进一步明确界限或作补充规定的”(情形),最高人民法院就无权染指,必须“由全国人民代表大会常务委员会进行解释或用法令加以规定”。具体的程序是《立法法》(2000 年)第 43 条所规定的,由最高人民法院“向全国人民代表大会常务委员会提出法律解释要求。”换句话说,就是即便是因为立法质量不高,或者由于社会发生变迁而使得立法滞后,都必须

---

① 但可以肯定的是,即使个别地方法院有过类似的审判,但绝对不可能形成一个具有普遍意义的审判规则,其创新性也就多半局限在地域性和个案性。而且,由于上诉制度的存在,以及法院内部对法官个人错案责任的追究,都可能会起到抑制基层法院任何创新的举动,因此,出现在地方法院的个别的创新性审判应该是不多见的。

由全国人大常委会通过立法或者法律解释来解决。所以,《立法法》(2000 年)第 42 条还专门规定:“法律制定后出现新的情况,需要明确适用法律依据的”,由“全国人民代表大会常务委员会解释”。第 47 条规定:“全国人民代表大会常务委员会的法律解释同法律具有同等效力。”

那么,司法解释实践是否果真如此?大量的研究成果已经表明,司法解释的实践早已跨出了这个界限,而且不少司法解释文本事实上已经变异为一种立法形态。袁圣明比较精到地总结道:最高人民法院已经由原来单纯地、就事论事式地解释某一具体的法律条文,向越来越经常性地对法律文本进行系统性甚至是整体性解释的方向拓展,具有了“准立法行为”性质。甚至以“解释”“规定”的形式出现的司法解释也不例外,即使是应下级法院或相关机构之请示,针对个案所为的以“批复”“函”等形式出现的解释,在标题中也往往是以问题、性质命名而加以“类型化的处理”,因而与立法文件无异。最高人民法院也因此而成为除全国人大及其常委会和国务院以外的“第三立法部门”。[①] 那么,在行政审判方面是否也如此?

我们以北大法意为查询信息来源,以“行政诉讼”为名称搜索,结果有 28 个,以“行政诉讼”为名称或全文搜索,有 171 个。以“北大法宝”为查询信息来源,搜索“行政诉讼”,结果是,从 1989 年至 2002 年,最高人民法院作出的司法解释约 12 个,对《行政诉讼法》(1989 年)进行全面性的司法解释有过 2 次。当然,我也意识到,上述统计绝不是全部的。我们还通过收集纸版的司法解释文本,进一步查询最高人民法院自 1990 年以来的所有“电话答复”“复函”“答复”“批复”“通知”和“解释”“规定”“意见”等,总计约 170 余个。[②]

通过逐一阅读这些以“批复”“答复”“规定”和“解释”等方式出现的解释,我们发现:

(1) 以“电话答复”“复函”“答复”“批复”和“通知”等名目出现的解释,短小精炼,基本上都比较循规蹈矩、不越雷池一步。

(2) 有一些以条款、甚至章节形式出现的“意见”“规定”“解释”等,从形式上看,比较类似于立法;在内容上,篇幅较长,有出现突破规则、创制规则的

① 参见袁明圣:《司法解释“立法化”现象探微》,载《法商研究》,2003(2)。转自北大法律信息网,http://article.chinalawinfo.com/article/jrtj/article_display.asp? articleId=37909,访问时间:2007 年 12 月 1 日。

② 其实,还有最高人民法院以会议纪要形式出现的倡导式解释,比如,《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》(2004),尽管不是司法解释,但也有一定的规范意义,不容小觑。

可能性。[①]

考虑到本文的研究只是想发现法院发展行政法的边际与样式,而不是想梳理出所有具有创新内容的条文,因此,我在取样时,不注重样本的多寡,而在于样本的代表性与涵盖性。否则,样本越多,只不过是证明类似或者相同的创新样式的重复率,对于勾画整体边际却没有实质性的意义,徒增工作量而已。[②]

在我看来,在后一类样本当中,两次对《行政诉讼法》(1989 年)的最重要、最全面的司法解释文本之中,"造法"现象应该比较密集,也应当具有典型代表性。全面性意味着较高的创新概率与样式的代表程度。考虑到上述两个全面性的司法解释具有先后的承接关系,对于其中的所有立法性解释都进行归纳似乎没有必要,对于我们正在探讨的问题也没有多少实质性的意义。所以,我只是重点对《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(2000 年)(以下简称"若干问题的解释")和《行政诉讼法》(1989 年)进行了比对,从中发现、提炼可能涉及立法的情形。与此同时,为防止理解上的偏差和梳理上的重大疏漏,

---

① 属于这种情形的,据初步统计,大约 14 个。包括:《关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见(试行)》(1991 年 5 月 29 日最高人民法院审判委员会第 499 次会议讨论通过,自 1991 年 7 月 11 日起施行,现已失效);《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(1999 年 11 月 24 日最高人民法院审判委员会第 1088 次会议通过,自 2000 年 3 月 10 日起施行,现已失效);《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》(于 2002 年 6 月 4 日由最高人民法院审判委员会第 1224 次会议通过,自 2002 年 10 月 1 日起施行);《最高人民法院关于民事、行政诉讼中司法赔偿若干问题的解释》(于 2000 年 9 月 14 日由最高人民法院审判委员会第 1130 次会议通过,自 2000 年 9 月 21 日起施行);《最高人民法院关于审理人民法院国家赔偿确认案件若干问题的规定(试行)》(于 2004 年 5 月 18 日由最高人民法院审判委员会第 1315 次会议通过,自 2004 年 10 月 1 日起施行);《最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》(1997 年 4 月 29 日,法发〔1997〕10 号);《最高人民法院关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》(2002 年 8 月 27 日,法释〔2002〕27 号);《最高人民法院关于审理反补贴行政案件应用法律若干问题的规定》(2002 年 11 月 21 日,法释〔2002〕36 号);《最高人民法院关于审理反倾销行政案件应用法律若干问题的规定》(2002 年 11 月 21 日,法释〔2002〕35 号);《人民法院赔偿委员会审理赔偿案件程序的暂行规定》(1996 年);《最高人民法院赔偿委员会工作规则》(1999 年 5 月 31 日,法发〔1999〕16 号);《最高人民法院、最高人民检察院关于办理人民法院、人民检察院共同赔偿案件若干问题的解释》(1997 年);《最高人民法院关于刑事赔偿和非刑事司法赔偿案件立案工作的暂行规定(试行)》(2000 年 1 月 11 日,法发〔2000〕2 号);《最高人民法院关于民事、行政诉讼中司法赔偿若干问题的解释》(2000 年 9 月 16 日,法释〔2000〕27 号),等等。

② 比如,在 2008 年出台的两个最新的司法解释——《最高人民法院关于行政案件管辖若干问题的规定》(法释〔2008〕1 号)(2007 年 12 月 17 日由最高人民法院审判委员会第 1441 次会议通过,自 2008 年 2 月 1 日起施行)在第 2 条中授予了当事人"以案件重大复杂为由或者认为有管辖权的基层人民法院不宜行使管辖权"为理由直接起诉中级人民法院的权利。《最高人民法院关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》(法释〔2008〕2 号)(2007 年 12 月 17 日由最高人民法院审判委员会第 1441 次会议通过,自 2008 年 2 月 1 日起施行)在第 1 条中加入了一个建议程序,即"人民法院经审查认为被诉具体行政行为违法或者不当,可以在宣告判决或者裁定前,建议被告改变其所作的具体行政行为",这些都是对行政诉讼法的突破,但也都是程序上的创新,而这类程序创新在"若干问题的解释"中已屡见不鲜。

我还阅读了一些关于该项司法解释的权威性诠释的文献,[①]以便进一步与上述司法解释文本的梳理结果相互印证。

此外,为了进一步校准上述取样可能出现的偏差,不致因自己的武断而发生检索上的遗漏,我还浏览了其他几个类似立法形式的司法解释文本,但并没有发现超出“若干问题的解释”的特殊事例。因此,我以为,通过这样的标本遴选、解读与比对,应该能够大致反映出法院通过司法解释发展行政法的全貌。

通过梳理,我们发现三类现象:(1)在法律规定的框架内,对于法律适用上需要进一步明确的实践情形及其相应处理作出解释。属于严格的司法解释范畴。(2)在法律规定的框架之外,另外对本应是由立法或者立法解释来完成的情形作出司法上的规定。属于实质上的立法行为。(3)介于上述两者之间的从宽解释。这部分是比较含糊和暧昧的,容易引起争议,或许有人认为是实质性立法活动,也可能有人认为是扩大解释。[②]

所以,我尤其关注属于第(2)种的实质立法情形。在识别上,我是采取较为严格的判断方法。首先,文本表述上具有不重复性、非重述性,也就是说,必须是在《行政诉讼法》(1989 年)上找不到相应的明确表述与规定。其次,司法解释的内容涉及增加相对人的权利或者义务,或者属于新增的诉讼制度和程序。总之,一句话就是,内容必须具有创设性、原创性,属于原本应由立法解决的问题范畴。

我们会发现,事实上,在“若干问题的解释”中存在着多处属于立法性质的规定(详见表 1-2“司法解释中属于立法性质的条款”)。考虑到上述第(3)种情形是否属于立法性质可能还存在着争议,因此,“表格 1-2”可能不算是完全的归纳,而仅是一种非穷尽的列举。

很有意思也很耐人寻味的是,最高人民法院在 1997 年和 2007 年对司法解释中的“规定”形式所作出的解释规定,其中字句的变动,由原先的“根据审判工作需要”改为“根据立法精神”,似乎是明显地在为上述实践寻求合法性依据,确认实践的正当性。真可谓“千呼万唤始出来,犹抱琵琶半遮面”!

---

① 江必新:《〈关于执行《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的解释〉的基本精神》,载《法律适用》,2001(7)(总第 184 期);江必新:“司法解释对行政法学理论的发展”,载《中国法学》2001(4);甘文:《行政诉讼司法解释之评论——理由、观点与问题》,中国法制出版社 2000 年版;杨寅、张海斌、于晗:《行政诉讼法新司法解释研讨综述》,载《华东政法学院学报》,2001(1)。

② 周道鸾教授从一般意义上认为,司法解释具有弥补立法不足的作用,具体体现为:(1)解决法律没有规定或者不同立法前后不一致的问题。(2)填补立法不配套的问题。(3)调整程序法和实体法不是同时颁布施行而产生的在适用法律上的矛盾。(4)补救立法滞后的问题。参见周道鸾:《论司法解释及其规范化》,载《中国法学》,1994(1)。

表 1-2　司法解释中属于立法性质的条款

行政诉讼法（1989 年）	最高人民法院关于执行《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的解释（2000 年）	创设性突破
第二条　公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益，有权依照本法向人民法院提起诉讼。	第一条　公民、法人或者其他组织对具有国家行政职权的机关和组织及其工作人员的行政行为不服，依法提起诉讼的，属于人民法院行政诉讼的受案范围。	改变概念，扩大审查对象范围
第十八条　对限制人身自由的行政强制措施不服提起的诉讼，由被告所在地或者原告所在地人民法院管辖。	第九条　行政诉讼法第十八条规定的"原告所在地"，包括原告的户籍所在地、经常居住地和被限制人身自由地。 行政机关基于同一事实既对人身又对财产实施行政处罚或者采取行政强制措施的，被限制人身自由的公民、被扣押或者没收财产的公民、法人或者其他组织对上述行为均不服的，既可以向被告所在地人民法院提起诉讼，也可以向原告所在地人民法院提起诉讼，受诉人民法院可一并管辖。	双重管辖扩大到对财产实施行政处罚或者采取行政强制措施的情形
无	第二十条　行政机关组建并赋予行政管理职能但不具有独立承担法律责任能力的机构，以自己的名义作出具体行政行为，当事人不服提起诉讼的，应当以组建该机构的行政机关为被告。 行政机关的内设机构或者派出机构在没有法律、法规或者规章授权的情况下，以自己的名义作出具体行政行为，当事人不服提起诉讼的，应当以该行政机关为被告。 法律、法规或者规章授权行使行政职权的行政机关内设机构、派出机构或者其他组织，超出法定授权范围实施行政行为，当事人不服提起诉讼的，应当以实施该行为的机构或者组织为被告。	规章可以成为授权主体存在的依据，扩大了《行政处罚法》、《行政复议法》和《行政诉讼法》的规定
第三十二条　被告对作出的具体行政行为负有举证责任，应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件。	第二十六条　在行政诉讼中，被告对其作出的具体行政行为承担举证责任。 被告应当在收到起诉状副本之日起 10 日内提交答辩状，并提供作出具体行政行为时的证据、依据；被告不提供或者无正当理由逾期提供的，应当认定该具体行政行为没有证据、依据。	增加了举证的期限规定
无	第三十一条　未经法庭质证的证据不能作为人民法院裁判的根据。 复议机关在复议过程中收集和补充的证据，不能作为人民法院维持原具体行政行为的根据。 被告在二审过程中向法庭提交在一审过程中没有提交的证据，不能作为二审法院撤销或者变更一审裁判的根据。	增加了排除非法证据制度

续表

行政诉讼法（1989 年）	最高人民法院关于执行《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的解释(2000 年)	创设性突破
	第三十九条　公民、法人或者其他组织申请行政机关履行法定职责，行政机关在接到申请之日起 60 日内不履行的，公民、法人或者其他组织向人民法院提起诉讼，人民法院应当依法受理。法律、法规、规章和其他规范性文件对行政机关履行职责的期限另有规定的，从其规定。 公民、法人或者其他组织在紧急情况下请求行政机关履行保护其人身权、财产权的法定职责，行政机关不履行的，起诉期间不受前款规定的限制。	规定了行政程序上的作为期限
第三十九条　公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的，应当在知道作出具体行政行为之日起三个月内提出。法律另有规定的除外。	第四十一条　行政机关作出具体行政行为时，未告知公民、法人或者其他组织诉权或者起诉期限的，起诉期限从公民、法人或者其他组织知道或者应当知道诉权或者起诉期限之日起计算，但从知道或者应当知道具体行政行为内容之日起最长不得超过 2 年。 复议决定未告知公民、法人或者其他组织诉权或者法定起诉期限的，适用前款规定。 第四十二条　公民、法人或者其他组织不知道行政机关作出的具体行政行为内容的，其起诉期限从知道或者应当知道该具体行政行为内容之日起计算。对涉及不动产的具体行政行为从作出之日起超过 20 年、其他具体行政行为从作出之日起超过 5 年提起诉讼的，人民法院不予受理。 第四十三条　由于不属于起诉人自身的原因超过起诉期限的，被耽误的时间不计算在起诉期间内。因人身自由受到限制而不能提起诉讼的，被限制人身自由的时间不计算在起诉期间内。	延长了起诉期限
无	第四十五条　起诉状副本送达被告后，原告提出新的诉讼请求的，人民法院不予准许，但有正当理由的除外。	增加限制新的诉讼请求
无	第四十六条　有下列情形之一的，人民法院可以决定合并审理： (一) 两个以上行政机关分别依据不同的法律、法规对同一事实作出具体行政行为，公民、法人或者其他组织不服向同一人民法院起诉的； (二) 行政机关就同一事实对若干公民、法人或者其他组织分别作出具体行政行为，公民、法人或者其他组织不服分别向同一人民法院起诉的； (三) 在诉讼过程中，被告对原告作出新的具体行政行为，原告不服向同一人民法院起诉的； (四) 人民法院认为可以合并审理的其他情形。	增加合并审理

续表

行政诉讼法（1989 年）	最高人民法院关于执行《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的解释（2000 年）	创设性突破
先予执行（发放抚恤金）	第四十八条　人民法院对于因一方当事人的行为或者其他原因，可能使具体行政行为或者人民法院生效裁判不能或者难以执行的案件，可以根据对方当事人的申请作出财产保全的裁定；当事人没有提出申请的，人民法院在必要时也可以依法采取财产保全措施。 人民法院审理起诉行政机关没有依法发给抚恤金、社会保险金、最低生活保障费等案件，可以根据原告的申请，依法书面裁定先予执行。 当事人对财产保全或者先予执行的裁定不服的，可以申请复议。复议期间不停止裁定的执行。	范围扩大到社会保障金、失业救济金
第四十八条　经人民法院两次合法传唤，原告无正当理由拒不到庭的，视为申请撤诉；被告无正当理由拒不到庭的，可以缺席判决。	第四十九条　原告或者上诉人经合法传唤，无正当理由拒不到庭或者未经法庭许可中途退庭的，可以按撤诉处理。 原告或者上诉人申请撤诉，人民法院裁定不予准许的，原告或者上诉人经合法传唤无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可而中途退庭的，人民法院可以缺席判决。 第三人经合法传唤无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退庭的，不影响案件的审理。	实质上取消了两次的次数规定，一次亦可
第五十五条　人民法院判决被告重新作出具体行政行为的，被告不得以同一的事实和理由作出与原具体行政行为基本相同的具体行政行为。	第五十四条　人民法院以违反法定程序为由，判决撤销被诉具体行政行为的，行政机关重新作出具体行政行为不受行政诉讼法第五十五条规定的限制。	规定了程序审查的例外
无	第五十五条　人民法院审理行政案件不得加重对原告的处罚，但利害关系人同为原告的除外。 人民法院审理行政案件不得对行政机关未予处罚的人直接给予行政处罚。	有条件的限制加重处罚
无	第五十六条　有下列情形之一的，人民法院应当判决驳回原告的诉讼请求： （一）起诉被告不作为理由不能成立的； （二）被诉具体行政行为合法但存在合理性问题的； （三）被诉具体行政行为合法，但因法律、政策变化需要变更或者废止的； （四）其他应当判决驳回诉讼请求的情形。	增加驳回诉讼请求判决形式

续表

行政诉讼法(1989年)	最高人民法院关于执行《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的解释(2000年)	创设性突破
无	第五十七条　人民法院认为被诉具体行政行为合法,但不适宜判决维持或者驳回诉讼请求的,可以作出确认其合法或者有效的判决。 有下列情形之一的,人民法院应当作出确认被诉具体行政行为违法或者无效的判决: (一)被告不履行法定职责,但判决责令其履行法定职责已无实际意义的; (二)被诉具体行政行为违法,但不具有可撤销内容的; (三)被诉具体行政行为依法不成立或者无效的。 第五十八条　被诉具体行政行为违法,但撤销该具体行政行为将会给国家利益或者公共利益造成重大损失的,人民法院应当作出确认被诉具体行政行为违法的判决,并责令被诉行政机关采取相应的补救措施;造成损害的,依法判决承担赔偿责任。	增加确认判决形式
无	第六十一条　被告对平等主体之间民事争议所作的裁决违法,民事争议当事人要求人民法院一并解决相关民事争议的,人民法院可以一并审理。	增加规定行政诉讼附带民事诉讼的程序(合并审理)
第六十五条　当事人必须履行人民法院发生法律效力的判决、裁定。 公民、法人或者其他组织拒绝履行判决、裁定的,行政机关可以向第一审人民法院申请强制执行,或者依法强制执行。 行政机关拒绝履行判决、裁定的,第一审人民法院可以采取以下措施: (一)对应当归还的罚款或者应当给付的赔偿金,通知银行从该行政机关的账户内划拨;	第八十三条　对发生法律效力的行政判决书、行政裁定书、行政赔偿判决书和行政赔偿调解书,负有义务的一方当事人拒绝履行的,对方当事人可以依法申请人民法院强制执行。	对行政机关主张权利的相对人也可以申请法院强制执行

续表

行政诉讼法（1989 年）	最高人民法院关于执行《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的解释（2000 年）	创设性突破
（二）在规定期限内不履行的，从期满之日起，对该行政机关按日处五十元至一百元的罚款；（三）向该行政机关的上一级行政机关或者监察、人事机关提出司法建议。接受司法建议的机关，根据有关规定进行处理，并将处理情况告知人民法院；（四）拒不履行判决、裁定，情节严重构成犯罪的，依法追究主管人员和直接责任人员的刑事责任。		
无	第八十七条　法律、法规没有赋予行政机关强制执行权，行政机关申请人民法院强制执行的，人民法院应当依法受理。	弥补法律、法规规定的空隙，规定法院有强制执行的“兜底”义务
无	第九十二条　行政机关或者具体行政行为确定的权利人申请人民法院强制执行前，有充分理由认为被执行人可能逃避执行的，可以申请人民法院采取财产保全措施。后者申请强制执行的，应当提供相应的财产担保。	增加财产保全措施

2. 我们从法院公报中发现了什么?

我们收集、阅读了最高人民法院公报从 1985 年至 2007 年(截至第 1 期)所有 69 起行政案件。

可以说，在 1998 年之前，公报所收录的行政案件都非常简单、直白。恐怕，当时公报的功能主要就是作为法律适用和行政审判的注释性读本，以及法治的宣传窗口。[①] 可能有些问题是当时比较棘手的，比如公安机关干预经济活动行

① 据一项调查结果显示，《最高人民法院公报》40%的读者为非法律专业人士，其中包括公务员、企事业职工、城市普通居民和农民。http://law.anhuinews.com/system/2005/05/26/001269852.shtml，访问时间：2007 年 12 月 1 日。

为,究竟属于刑事侦查行为还是行政行为?法院能否受理?通过公报能够定名止纷。[①] 总体来讲,在学者眼里,似乎没有多少问题值得理论上争论或者考量,更谈不上创新。

在1998年(包括1998年)之后的几年内,我们逐渐能够发现一些具有突破性的、创新性的审判案例(详见表1-3"最高人民法院公报中认可的制度创新")。我们可以把这些创新碎片大致分为以下几种:

(1)对刑事侦查与行政行为交织不清之处作出解释,事实上扩大了行政诉讼的受案范围。比如,在"张晓华不服磐安县公安局限制人身自由、扣押财产案"(1994年第4期)和"黄梅县振华建材物质总公司不服黄石市公安局扣押财产及侵犯企业财产上诉案"(1996年第3期)两案中,最高人民法院认可了义乌县(现义乌市)法院和湖北省高级法院对"名为刑事侦查",实为公安机关在经济利益驱动下,"越权干预经济纠纷"案件的审理。通常,对这类纠纷人们无疑会首先考虑应利用事后的刑事赔偿请求程序来寻求法律救济,但在上述两案中,却创造了将其作为行政诉讼案件审理,使行政相对人可以及时获得事中救济的先例,实际上是对行政诉讼法规定的受案范围的适度扩大适用。[②]

(2)对较为模糊的公共领域中的被告资格问题作了确认,拓宽了司法审查范围。比如,最高人民法院公报中关于"田永诉北京科技大学案"(1999年第4期)和"溆浦县中医院诉溆浦县邮电局不履行法定职责案"(2000年第1期),分别确认了学校、邮电局的被告资格,拓宽了行政主体范围。[③]

(3)根据正当程序的理念,弥补实体法在程序规定上的缺失。比如,最高人民法院在"兰州常德物资开发部不服兰州市人民政府收回土地使用权批复案"(2000年第4期)、"宋莉莉诉宿迁市建设局房屋拆迁补偿安置裁决案"(2004年第8期)、"张成银诉徐州市人民政府房屋登记案"(2005年第3期),确认了告知、听取辩解和陈述等程序权利。

(4)进一步补充和完善证据规则。比如,"廖宗荣诉重庆市公安局交通管理局第二支队道路交通管理行政处罚决定案"(2007年第1期)中,肯定了即便只有一个执法人员在场,指控当事人违法,如果能够排除他们之间存在利害关系,就应该确认执法人员的指控是"优势证据",应当作为认定事实的根据。

(5)对《行政诉讼法》(1989年)有关法律适用规定进行修正,默许法院有权

---

① 比如,《黄梅县振华建材物资总公司不服黄石市公安局扣押财产及侵犯企业财产权行政上诉案》,收入《最高人民法院公报》,1996(1)。

② 参见赵正群:《行政判例研究》,载《法学研究》,2003(1)。

③ 参见刘善春、刘德敏:《行政判例的理念、功能和制度分析——关于重视行政判例研究的思考》,载《政法论坛》,2001(4)。

对地方性法规等进行事实上的审查。比如，“福建省水电勘测设计研究院不服省地矿厅行政处罚案”（1998 年第 1 期）中，法院认为，《地下热水管理办法》（福建省人大常委会通过的地方性法规）第 5 条“没有根据国家标准把温泉按照温度的不同区分出地热和地下水，以致将部分地热归入地下水中，由此给这部分地热确定的行政主管部门与法律、行政法规的规定不符”，因而否定本案第三人城建委有行政管理权。事实上搁置了该条款的授权效力。

（6）将影响相对人权利义务的内部行政行为纳入行政诉讼范围。比如，“广州市海龙王投资发展有限公司诉广东省广州市对外经济贸易委员会行政处理决定纠纷案”（2002 年第 6 期）中，肯定了受被告内部发文影响的原告具有起诉资格。“吉德仁等诉盐城市人民政府行政决定案”（2003 年第 4 期）中，认定“被告盐城市人民政府的《会议纪要》虽然形式上是发给下级政府及所属各部门的会议材料，但从该纪要的内容上看，它对本市城市公交的运营范围进行了界定，并明确在界定范围内继续免交交通规费，而且该行为已实际导致城区交通局对公交总公司的管理行为的中止，所以该《会议纪要》是一种行政决定行为，有具体的执行内容，是可诉行政行为。”

（7）在缺少行政法上关于紧急避险的法律规定的情况下，事实上承认和适用了紧急避险理论。比如，在“陈宁诉庄河市公安局行政赔偿纠纷案”（2003 年第 3 期）中，上诉法院在判决中指出：“气焊切割车门的方法虽然会破损车门，甚至造成汽车的毁损，但及时抢救韩勇的生命比破损车门或者造成汽车的毁损更为重要。因为相对人的生命而言，破损汽车车门或者汽车致他人利益损害明显较小，警方在紧急情况下作出强行打开车门抢救韩勇的决定，具有充分的合理性。”

（8）引入了“信赖利益”，为政府信赖保护或合法预期制度的确认初步奠定了诉讼基础。比如，在“益民公司诉河南省周口市政府等行政行为违法案”（2005 年第 8 期）中，至少有 3 处提到“信赖利益”，有 1 处提到“政府诚信原则”。这可以说是最高人民法院第一次公开在有关的法院判决中首肯“信赖利益”的存在，但法院对可能引发的制度性变革也是持十分小心翼翼的态度，在本案中只是引用来阐述判决的理由，并没以此为主要依据作出判决。所以，严格地讲，本案不能算是真正的审判制度创新，充其量只是在阐述判决理由方面的观念创新。当然，其意义是为以后相关制度的确立打下了“伏笔”、做了司法的“铺垫”。[①]

① 与此类似的案例，是“汇丰实业公司诉哈尔滨市规划局案”。一审和二审法院都分别在判决的理由阐述中引用了比例原则的内涵。

表 1-3　最高人民法院公报中认可的制度创新

公　　报	案　　件	制 度 创 新
1994 年第 4 期	“张晓华不服磐安县公安局限制人身自由、扣押财产案”	对“名为刑事侦查”,实为公安机关在经济利益驱动下,“越权干预经济纠纷”的案件,明确为行政案件
1996 年第 3 期	“黄梅县振华建材物质总公司不服黄石市公安局扣押财产及侵犯企业财产上诉案”	同上
1998 年第 1 期	“福建省水电勘测设计研究院不服省地矿厅行政处罚案”	对地方性法规事实上的审查,对不明确规定的不适用
1999 年第 4 期	“田永诉北京科技大学案”	确认学校的被告资格
2000 年第 1 期	“溆浦县中医院诉溆浦县邮电局不履行法定职责案”	确认邮电局的被告资格
2000 年第 4 期	“兰州常德物资开发部不服兰州市人民政府收回土地使用权批复案”	在无明确法律规定的情况下,从正当程序理念推导出被告有程序上告知利害关系人的义务
2002 年第 6 期	“广州市海龙王投资发展有限公司诉广东省广州市对外经济贸易委员会行政处理决定纠纷案”	将对相对人产生权利义务影响的内部发文视同具体行政行为
2003 年第 3 期	“陈宁诉庄河市公安局行政赔偿纠纷案”	事实上确认了紧急避险
2003 年第 4 期	“吉德仁等诉盐城市人民政府行政决定案”	将对相对人产生权利义务影响的《会议纪要》认定为可诉的行政行为
2004 年第 8 期	“宋莉莉诉宿迁市建设局房屋拆迁补偿安置裁决案”	在无明确法律规定的情况下,从正当程序理念推导出当事人应当具有申辩和陈述的权利
2005 年第 3 期	“张成银诉徐州市人民政府房屋登记案”	《行政复议法》没有明确规定行政复议机关必须通知第三人参加复议,但是,法院从正当程序角度认为,行政机关在可能作出对他人(第三人)不利的行政决定时,应当专门听取利害关系人的意见
2005 年第 7 期	“杨宝玺诉天津服装技校不履行法定职责案”	确认了技校的被告资格
2005 年第 8 期	“益民公司诉河南省周口市政府等行政行为违法案”	引入和确认了“信赖利益”(合法预期之保护)
2007 年第 1 期	“廖宗荣诉重庆市公安局交通管理局第二支队道路交通管理行政处罚决定案”	确认行政执法人员指控的优势证明效力

由于《最高人民法院公报》是官方创办的，“目的在于指导地方各级人民法院的审判工作，进一步加强社会主义法制建设”。最高人民法院也一再发文强调：“我院发出的内部文件凡与公报不一致的，均以公报为准。”[①]公报对司法审判统一的重要性，由此可见一斑。在法院系统内的类行政化的运作，以及上诉制度的存在等因素影响下，公报对各级法院的行政审判工作的作用实在不容小觑。甚至，最高人民法院还刻意地通过对入选案件的原始判决中的遣词造句进行润色修改，就是为了“放大”其中的一些创新，以便凸现最高人民法院对今后此类案件审判的态度。[②] 在案件相同或者近似的情况下，如果下级法院不遵循最高人民法院刊登在公报上的裁判，甚至有可能产生解释义务；[③]或者干脆把它视为一种特殊形式的司法解释，[④]以进一步强化其拘束效力。因此，通过公报转载的创新性案件，必然会产生制度性效应。

3. 其他

我们以网络为主要搜索工具，配合着收集一些纸版的文献，试图从第三个路径去检索有关材料。获得的信息虽然比较零碎，让我们无法完全确切地掌握基层法院通过审判实践突破《行政诉讼法》(1989 年)的所有情况，但是，这些信息也足够我们研究分析之用了。

从有关的新闻报道、法院自己的调研材料以及论文中，我们的确发现了“法官造法”的证据材料，证明的确有的法院尝试着突破《行政诉讼法》(1989 年)的有些“不合时宜”的规定。

比如，在媒体热炒的案件之中，我们发现了“刘燕文诉北京大学学位评定委

---

① 比如，“最高人民法院关于本院发出的内部文件凡与《中华人民共和国最高人民法院公报》不一致的均以公报为准的通知”(法(办)发〔1985〕14 号)，“法办〔1987〕65 号”通知。最近的一次是“最高人民法院办公厅关于重申本院发出的内部文件凡与《最高人民法院公报》公布的内容不一致的均以公报为准的通知”(1988 年 6 月 4 日)。“最高人民法院办公厅关于重申本院发出的内部文件凡与《最高人民法院公报》公布的内容不一致的均以公报为准的通知”中甚至还批评道：“公报创刊时已三年有余，仍有极少数人民法院未订公报；有的人民法院订阅份数甚少，审判人员看不到。因此，有些适用法律问题，公报上已公布了最高人民法院的有关司法解释，审判人员因没有公报而不知晓；有的内部下发的文件，在公报上公布时，已作了适当修改，有的审判人员仍沿用原文件办案”，“为了正确适用法律，搞好审判工作，没有订《公报》或者订的份数甚少的人民法院，均应根据实际情况，适当订购和增加订购的份数，以满足审判人员的工作需要”。当然，这其中或许有推销公报之嫌，但也能从另外一个侧面反映出公报对各级法院行政审判工作的实际影响力。

② 比如，何海波在分析田永案时发现，在一审判决中，正当程序只是“法官为了论证自己的观点而附带地提到的一个借口”。但是，该案入选最高人民法院公报之后，“最高法院精心修饰有关的理由阐述，正当程序原则的运用变得更清晰，对正当程序原则的强调更凸出了”。他得出结论：“最高法院似乎是有意识地追求本案对于今后行政审判的指导作用。”参见何海波：《通过判决发展法律——评田永案件中行政法原则的运用》，载罗豪才主编：《行政法论丛》(第三卷)，北京，法律出版社，2000。

③ 这是梁慧星提出的“解释义务说”的基本内涵。参见曹士兵：《最高人民法院裁判、司法解释的法律地位》，载《中国法学》，2006(3)。

④ 参见董皞：《司法解释论》，342 页，北京，中国政法大学出版社，1999。

员会不批准授予博士学位案”(以下简称“刘燕文案”)[①]和“张振隆不服徐州市教育局注销社会办学许可证案”(以下简称“张振隆案”),法官的审理与最高人民法院公报中的“田永案”一样,都是在法律没有明确程序要求的情况下,直接引用正当程序理念,作为个案判决的主要根据。

在“刘燕文案”中,在《学位条例》没有相关程序要求的情况下,海淀区人民法院依据正当程序理念,在判决书([1999]海行初字第103号)中明确指出,“校学位委员会作出不予授予学位的决定,涉及学位申请者能否获得相应学位证书的权利,校学位委员会在作出否定决议前应当告知学位申请者,听取学位申请者的申辩意见;在作出不批准授予博士学位的决定后,从充分保障学位申请者的合法权益原则出发,校学位委员会应将此决定向本人送达或宣布”,而本案中被告均未履行上述程序义务,因此,“该决定应予撤销”。[②]

同样,在“张振隆案”的二审判决中,江苏省高级人民法院认为,“徐州市教育局在作出注销通知时,应当遵循公正、公开等基本的程序原则,注意听取相对人的意见,但其在作出对原举办人、学校负责人张振隆不利的注销通知时,既未提前告知,也未听取其申辩,违反了行政程序的基本原则。”[③]

再比如,新闻媒体对一些地方法院在行政审判中的创新举措也做了正面报道,比较多的是“协调”实践。[④] 在google上搜索“行政诉讼,协调”,结果约有

---

① 何海波告诉我,他在代理该案时曾与主审法官有过交流。据主审法官说,在“刘燕文案”之前,我国就已经有个别地方法院审理过类似的案件。这些信息虽然多限于在法院系统内部流通,不为外人所知悉,但是,对于海淀法院下决心受理“刘燕文案”恐怕也起到不容忽视的作用。

② 详见胡锦光主编:《中国十大行政法案例评析》,136页,北京,法律出版社,2005。沈岿认为,在该案中,法院推动的制度变迁有:(1)通过对“法律、法规授权的组织”的诠释,将过去司法一般不予干预的学术教育机构纳入司法审查的对象体系;(2)通过解释学位授予表决程序规则,潜在地要求学位评定委员会出席评定的委员人数必须为奇数并且禁止委员投弃权票;(3)创造性地确立了“听取申辩意见”规则;(4)以整个审理过程和最后判决为信号一定程度上界定了大学自治、学术自由和司法审查之间的关系。参见沈岿:《制度变迁与法官的规则选择》,http://www.publiclaw.cn/article/Details.asp?NewsId=630&Classid=&ClassName=,访问时间:2007年12月1日。

③ 参见最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选》(2004年行政·国家赔偿专辑),173页,人民法院出版社,2005。转自,张步峰:《论正当行政程序》(中国人民大学博士学位论文,2007年5月申请答辩)。

④ 《行政诉讼法》(1989年)第50条明确规定:“人民法院审理行政案件,不适用调解。”所谓“协调”实际上是“偷梁换柱”。但是,“协调”在行政审判实践中大量使用。据统计,成都辖区的都江堰法院近3年受理行政案118件,协调处理104件;2006年武侯法院受理行政案33件,协调处理为19件;温江法院近4年来也受理行政案77件,协调处理43件。参见《成都将出台〈意见〉行政诉讼可协调和解》,载《成都晚报》,2007年1月24日,http://news.sohu.com/20070124/n247796470.shtml,访问时间:2007年12月1日。协调比较契合我国的传统文化,有利于消弭纠纷、实现息讼,维持行政机关与相对人之间的和谐关系。据统计,2006年上海各级人民法院的行政审判工作呈现出“两升一降”的良好态势,也即一审行政案件经协调后原告撤诉率达到30%以上(一些区县法院达到50%以上),较上年增长了1.74%,基层法院行政案件一审服判息诉率较上年增长了1.74%,申诉率较上年减少了1.01%。参见莫于川:《行政案件协调和解是我国行政法制革新的一个亮点》,http://www.chinapublaw.com/xzfsb/2007413183226.htm,访问时间:2007年12月1日。

295 000 项,其中有些是法院自己网站的报道,比如,在最高人民法院网站上就刊登了一则“构建和谐的‘官民’关系——南京法院开展行政诉讼协调纪实”。[①]再有就是提高行政案件的管辖级别。比如,据报道,福建省法院在全国率先规定县级以上政府作为被告的案件由中级法院管辖。[②]

但是,我对那些个别法院所作出的个别具有创新性判决并不很感兴趣,理由是,在我国法院体系之中,发生在个别地方、个别法院、个别案件审判上的创新,很可能会像一逝而过的流星,灿烂美丽却短暂;像滔滔东去的江河,“逝者如斯夫”。它不会对其他法院的审判活动产生实质性的约束与规范作用。它也很可能被迅速湮没在行政机关的声讨与法院的妥协之中。刘燕文案件就是一个典型的例子。所以,我关心的只是哪些能够被制度化、权威化的地方性创举,以及好奇它们是通过什么样的形式与路径来完成的?

让我关注和感兴趣的是,有些法院在审判实践的基础上,沿袭了行政机关的做法,通过内部的规范性文件进一步肯定与规范法官的审判实践。比如,徐州市贾汪区人民法院审判委员会于 2006 年第十八次会议上讨论通过了《行政诉讼协调工作指导意见》。[③] 又比如,有记者从成都市法院第七次行政审判工作会议上获悉,成都市中级人民法院已起草了《行政案件协调和解处理意见》草案并在会上进行讨论,预计年内就可出台。[④] 规范性文件与个案的审判不同,属于建章立制,是制度化、规范化的表征。

地方法院的创新,作为一种政绩,假如能够得到上级法院、特别是最高人民法院的认可、赞许与支持,并作为先进经验在法院系统内予以推广,就更加能够巩固“胜利果实”,获得更充分的正当性基础。比如,“协调”已经得到了法院最高层的认可,并作为法院创新行政审判工作的一个重要举措予以推广。在 2006 年 10 月 25 日全国法院加强行政审判工作妥善处理行政争议电视电话会议上,最高人民法院院长肖扬强调,要“积极探索和建立行政诉讼和解制度。要在查明事实、分清是非,不损害国家利益、公共利益和他人合法权益的前提下,在双方当事人自愿的基础上,尽可能促使当事人和解。最高法院将在总结各地审判

① 赵兴武、蒋涛:《构建和谐的“官民”关系——南京法院开展行政诉讼协调纪实》,2007-03-13,http://www.court.gov.cn/news/bulletin/region/200703130006.htm,访问时间:2007 年 12 月 1 日。

② 包骞、梅贤明、何晓慧:《福建省高院创新 4 大工作机制破解行政诉讼坚冰》,载《福建日报》,2006 年 12 月 4 日,http://www.fj-info.com/Html/zwgk/154948066201101597474 6194.html,访问时间:2007 年 12 月 1 日。

③ http://jwfy.xzjw.gov.cn/Article/ShowArticle.asp? ArticleID=124,访问时间:2007 年 12 月 1 日。

④ 《成都将出台〈意见〉行政诉讼可协调和解》,载《成都晚报》,2007 年 1 月 24 日,http://news.sohu.com/20070124/n247796470.shtml,访问时间,2007 年 12 月 1 日。

实践经验的基础上,抓紧制定行政诉讼和解问题的司法解释,以规范和解行为、完善和解程序、确认和解效力,为妥善处理行政争议提供有效依据”。[①] 第五次全国行政审判工作会议也提出,人民法院在审理行政案件中,要按照“坚持合法审查,促进执法完善,依法规范撤诉,力求案结事了”的原则,积极探索行政案件处理新机制。[②] 在上下级法院之间的互动与激荡过程中,制度性创新得到了进一步加强、改进与巩固。而这种巩固,最终也同样会表现在法院的各种规范性文件或者权威性文件当中,只不过规范性文件的级别可能会更高些。

总之,在我看来,要是从能够对今后法院行政审判活动产生直接影响的制度性效应上看,在我国“法官造法”应该有三个最主要的形式与路径:一是司法解释;二是最高人民法院公报;三是法院内的规范性文件或者权威性文件。上述这三种路径的创制活动,超越了个案的纠纷解决,能够产生具有法一样的对未来的反复适用的规范效应,能够在特定的事项与领域内建章立制,形成一种稳定的法秩序。

而且,仔细考察上述法院的创新实践,似乎可以大致分为三种类型或形态:一是属于行政审判无法绕开或跨越的程序问题。这占绝大多数。二是对行政法原则的热衷与援用。三是注重救济效果,努力拉伸救济范围。有意思的是,这三点都能够在上述英国、法国实践中找到若隐若现、或多或少的影像,尽管它们彼此形态各异、各有千秋。

五、初步的分析

因此,可以肯定地说,“法官造法”作为一种客观事实在我国也同样存在。而且,我国法院在发展行政法上的通常办法,是通过司法解释来明确一些法律规则,通过最高人民法院公报的案例来明确最高人民法院对具有突破立法的案件审理的认可,通过法院内部制定的规范性文件或者领导的讲话来首肯和推广一些具有创新意味的审判实践。那么,其中的道理何在?我国法院发展行政法的边际与特征是什么?

1. 合理性分析

这或许根源于一个基本的道理:法官对于受理的案件,绝对不能以法律没

---

① 陈永辉:《改革创新行政审判制度 为构建和谐社会提供有力保障》,载《人民法院报》,2006年10月26日,http://www.chinacourt.org/public/detail.php? id=221403,访问时间:2007年12月1日。

② 《成都“民告官”推开和解门?!》,http://blog.people.com.cn/blog/log/showlog.jspe? log_id=1175245584463969&site_id=2655,访问时间:2007年12月1日。

有规定或者规定不明确为理由,拒绝判决,或者背弃基本的公正,不给当事人以妥当的救济。[①] 这可以说是上述英国、法国和日本法院都面临的一个基本问题,它们对于这个问题的实践回应和理论认识竟然有着惊人的相像之处。[②] 在我看来,这是判例法产生的根源,也是推动判例法发展的原动力。

当然,也不排除有些法院(法官)也同样像法国和英国的法官所表现出的那样,有锐意进取的精神、推陈出新的勇气以及对人权的深切关爱,希望能够通过法院(或者自己)的努力,从个案上有所突破,对强大的行政权力能够起到进一步的规范与约束。现代行政法也逐渐挣脱了控权的单一模式,愈发强调实现良好行政(good administration),期望法院从司法的角度发挥能动性,进一步推进和促成良好行政的实现。这种预期与愿望更加激发了法院参与制度设计与安排的主动性与积极性。这或许可以解释法官的内在动因。

还有一个类比的理由。像在现代社会中行政权必然要向传统的立法和司法领域进行适度的延展和侵蚀一样,“法官造法”与行政立法有着类似的社会需求。“法官造法”是在行政纠纷的纷繁复杂、姿态万千、层出不穷而立法机关的立法预测能力和专业知识有限之间的矛盾运动之中,法院必须及时恰当地解决各种行政纠纷、法院对良好行政的实现具有越来越多的司法能动性与参与性的必然结果。也就是说,为了有效回应社会公众对人权保障的呼唤,妥善地履行法院的职责,法院应该、也必须内在地享有适度的立法功能。这是可以、也应当能够容忍的对分权原则的有限度的蚕食。既然我们能够容忍行政权对立法领域的适度侵蚀,为什么就不能容忍司法权对立法领域的适度介入呢?

行政诉讼的开展,是立法权、行政权与司法权之间相互博弈的过程。正如法国经验表明的那样,在行政主导的社会中,要想将无处不在、强大无比的行政权束缚住,也不是一件轻而易举的事,更不可能一蹴而就。我们根本不能指望通过一系列的法律就能够一下子把行政权都纳入法治主义。因此,承认法院的有限“造法”功能,法院就有可能在个案审理过程中综观全局、权衡利弊,就个案进行一些尝试性的突破,进而在特定问题上产生制度性效益,使行政权的行使减少一分任性、多了一道法治主义的羁绊。这种“滴水穿石”式的实践,一般不

---

① 一个例证就是确认判决的产生,《行政诉讼法》(1989 年)第 54 条规定的救济手段有着不周延的缺陷,要妥善地、合乎逻辑和法理地解决涉案纠纷,法院只能自己再发展出新的救济手段。

② 在英国,对于当事人诉诸法院的案件,法官不能以没有法律规定为理由拒绝审判。在没有法律条文的情况下,英国高级法院作出的判决就会形成以后必须遵循的先例。这也是一种立法行为。参见王名扬:《英国行政法》,99 页,北京,中国政法大学出版社,1987。在日本,随着行政活动的复杂化和多样化,用以前的行政法理无法解决的案件不断增加,对于法院来说,又不能等待新的行政法或行政法理论出现以后再作判断,只要有诉讼,就必须予以裁断。所以法院的判例对行政法及行政法理论的形成发挥了不可低估的重大作用。参见杨建顺:《日本行政法通论》,66~67 页,北京,中国法制出版社,1998。

会引起行政权的强烈反弹与集体抗拒。而由“点”及“面”的效应，却有助于法治主义的最终胜利。[①]

2. “法官造法”的边际

但是，在宪法结构之下，法院处于相当特殊的角色，无法建立像对付行政机关立法那样的较为严密的立法、行政和司法监督。如果单靠最高人民法院的自律、法院内部的监督以及立法机关政治层面的控制，恐怕还是有问题的，还不足以及时、有效地纠正法院立法的差错。因此，即便承认法院具有一定的立法功能，这肯定也是十分有限的。问题的关键，在我看来，主要是划定这种功能的边际。从某种程度上说，“法官造法”的合理性也直接体现在恰当的边际上。

(1) 两个重要边际

我们从上述我国法院的“立法”实践梳理中可以看出，这种边际还是存在的，呈现二维结构，由此勾勒出一个粗线条的、影影绰绰的边界：

1) 创制的内容集中在行政救济的程序规则与手段

这也是英国、法国和德国“法官造法”都体现出来的一个共性现象，这可能也是“法官造法”中最传统、最保守、也是最没有风险的一种情形。行政审判的基本功能是向相对人提供有效的救济，法院是具体程序的操作者，它比立法机关还要了解救济手段是否充分、救济程序是否公正，同时也是在实践中最迫切要求解决这方面制度缺失的“需求者”和“消费者”。而对于这些看起来比较琐碎、零散的问题，立法机关不肖或者无法及时解决，或者因为专业知识的欠缺而不清楚如何着手去解决。因此，就必须把这些立法任务交给法院来承担。否则，行政审判活动就很可能无法顺利地运转下去，法院就不能圆满地完成宪法交付其的任务。

另一方面，在这个领域创制规则，只是一种“修补”“填充”式的局部创新工作，一般不会根本改动宪法、法院组织法和行政诉讼法确定的总体框架，不会动摇行政诉讼的主要结构，不会破坏立法、司法与行政之间的基本关系。尽管有些创新规则对相对人、行政机关的权利义务会造成影响，但多半是程序性的，即便是实体性的也是附带性的、辐射性的、补充性的。所以，从根本上说，也不存在违反《立法法》(2000 年)第 8 条规定的“诉讼和仲裁制度”只能由法律规定、第

① 我国行政诉讼受案范围的扩大就是一个很说明问题的例子。按照通说，《行政诉讼法》(1989 年)对受案范围的规定是采取概括式(第 2 条)与列举式(第 11 条肯定、第 12 条否定)相结合的立法方式。其实，这种说法存在着内在的逻辑矛盾，概括与列举是不能够同时并存的。在我看来，行政诉讼的受案范围实际上是采取第 11 条第 1 款八项的列举，然后通过第 11 条第 2 款，由具体的法律、法规来个别的、“点”式的突破，逐渐拉张法院的审理案件范围。从实践看，这种拉张不单是立法机关的事，在这个过程中实际上还加入了“法官造法”的助力。

9 条规定的“司法制度”不得授权出去之法律保留要求。[①]

对于这方面的“制度创新”,尽管会对行政机关产生一些影响,比如,受案范围的扩大意味着原本不要接受司法监督的行政领域或行为也必须接受司法审查,又比如,对行政不作为的起诉期限的规定,实际上就划定了行政程序上的作为期限,等等,但是,这些延伸的制度效应都最终没有跨入对实体性内容的立法,只是表现为进一步妥善保障相对人合法权益而产生的法院权力的适度延展与扩张。对此,行政机关又怎好意思说“不”? 又怎能理直气壮地说“不”呢?

2) 适时援用行政法基本原则

在必要的情况下,法院也有可能根据行政法的基本原则(比如,正当程序),对行政权行使的方式与过程(process)进行必要的规范与约束。这或许是在行政法发展路径上的另外一个共性现象。道理也很简单,法律原则能够弥补法律的疏漏与缺失,能够校正法律的偏差。英国法院很注意运用法的一般原则来解决实际问题。英国的越权无效原则(*ultra vires* rule)一直是司法审查的基础。[②]在法国大革命时期,社会动荡、政局更迭,宪法改废不断,但是,法国行政法院始终坚持认为 1789 年《人权宣言》是与所有宪法文本相分离的,构成了一个永恒(immutable)的法的基本原则,只要侵犯公民权利自由,就是违背了上述基本原

① 《立法法》(2000 年)第 8 条规定:“下列事项只能制定法律:

(一) 国家主权的事项;

(二) 各级人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权;

(三) 民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度;

(四) 犯罪和刑罚;

(五) 对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚;

(六) 对非国有财产的征收;

(七) 民事基本制度;

(八) 基本经济制度以及财政、税收、海关、金融和外贸的基本制度;

(九) 诉讼和仲裁制度;

(十) 必须由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的其他事项。”

第 9 条规定:“本法第八条规定的事项尚未制定法律的,全国人民代表大会及其常务委员会有权作出决定,授权国务院可以根据实际需要,对其中的部分事项先制定行政法规,但是有关犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度等事项除外。”

② Cf. C. Forsyth (ed.), *Judicial Review and the Constitution*, Oxford. Portland Oregon, 2000. 但是,与英国不同,在我国,这种现象的产生,从根本上讲,应该是行政法学者对司法的日渐深入的影响所致。也就是法官自觉或者不自觉地受到了学者关于行政法基本原则的广泛、深入而丰富的研究成果的熏陶、侵蚀,主动地将其转化为司法知识,并运用到行政审判实践之中。而不是法院通过审判发展了行政法原则。何海波在他的一篇文章中也详细阐述了在审判中法官是如何适用法律基本原则的。参见何海波:《通过判决发展法律——评田永案件中行政法原则的运用》,载罗豪才主编:《行政法论丛》(第三卷),北京,法律出版社,2000。

则。因此,法国行政法的发展得以持续,不受上述政局的影响。[①] 德国宪法法院在一个判案中指出,规定一般法律原则很自然是属于高等法院的任务。这毋庸置疑,尤其是在行政法上,以填补立法遗留的诸多缝隙。[②]

这实际上带有实体性立法的意味,是一种比较积极、甚至略带点"侵略性"的立法行为。但是,由于的确存在着法律缺少明确规定而法院又必须给出明确的回答,或者法律规定明显滞后、陈旧,因循守旧、机械适用会产生极其不公正的效果等情况下,为避免案件审理结果极其不公正、不合理,法院当然可以、也很有必要引用一般法律原则进行干预。

从目前我国法院的行政审判实践看,引用最多的、有案可据的恐怕要算是正当程序理念与原则。最高人民法院在公报中竟然选用了 3 个这类的案件,占最高人民法院公报总案例(69 个)的 4.3%,占具有创新意味的案例(12 个)的 25%。这么高的重复率,至少表明了最高人民法院的一种态度与倾向,就是支持、鼓励和首肯基层人民法院直接引用正当程序理念进行判案。[③]

当然,从纯理论的分析,我们有理由担心,由于我国尚缺乏一部统一的行政程序法(行政手续法),很多行政领域的程序都不很健全,法院如果诉诸正当程序理念,会"引起正当法律程序适用范围爆炸性的扩张"(借用王名扬的话),很可能给行政机关带来比较大的震动和麻烦。立法通常又不能及时跟进解决上述问题,将使得行政机关执法人员茫然而不知所措、无所适从。但很有意思的是,尽管在最高人民法院公报中已经不乏这方面的案例,但是,在实践中似乎并没有出现我们所想象的那样混乱、嘈杂。在我看来,这至少说明了法院的判决对行政机关的实际影响并没有我们想象的那么大,似乎很难真正出现对行政、对立法的整体的制度性效应。

那么,为什么呢?我以为,首先,从"若干问题的解释"第 54 条第 2 款规定看,程序性审查不会实质性约束行政权的行使。所以,从我国目前的实际情况看,相对人单纯以程序违法为由而提起行政诉讼,的确存在着起诉无实益的可能。所以,也会克减相对人起诉的热情,这方面的诉讼案件数量会大幅度下降。其结果是,不太容易引起立法机关的密切关注,以及形成对行政机关的现实压力。其次,如果败诉的原因可以归咎于立法的不完善,行政机关就不会因此受

① Cf. Prosper Weil, "*The Strength and Weakness of French Administrative Law*" (1965) *The Cambridge Law Journal* 247.

② Cf. Jugen Schwarze, op. Cit., p. 119.

③ 在我所阅读到的其他一些案例中,法院援引正当程序来阐述判决的理由,多是补足性的,实际上行政行为被撤销的主要依据是其他方面的标准,比如事实不清、适用法律错误等。所以,引用正当程序,只是使得判决理由更加充分,但其本身在判决的形成上不具有实质性的决定作用。

到内部的执法考评等追究,因此,也就能够处之泰然,不会有太大的压力,不会因为上述判决或者最高人民法院公报而迫切要求迅速立法或者督促有关机关立法。只要在个案中服从法院的判决,稍事纠正就行了。所以,直接引用正当程序理念进行审判,尽管有实质性“造法”功能,但却不会有太大的风险,不会引起行政机关的过分反抗。

今后,法院的引用有没有可能进一步延展到其他法律原则上,比如合法预期之保护原则?[1] 比例原则?对此,我充满信心,并且热切期待着。但是,与英国、法国等西方国家一样,我国法院永远也不可能、也没有能力像立法机关那样制定广泛的实体法规则。否则,就会违反宪政结构之下法院的角色,变为代替立法机关为行政机关选择行为的规则。适度的角色错位是可以容忍的,但过分的角色错位是绝对不能容忍的。在我看来,正是在这一点上划清了司法与立法的边际。

(2)基本评价

总体来讲,法院通过实践勾画出的上述边际是安全的、适度的。因此,尽管目前学界对司法解释存在着诸多的诟病、批判与指责,比如,认为“在很多场合,司法解释权实际上或多或少侵蚀了立法权的领域,甚至有时难免公然越权的嫌疑。正因为法官是采取立法者的行为方式,所以他们对于解释的限度和制约条件以及推理论证的规则的关心势必有所下降。其结果,审判规范乃至法律的体系性、一贯性不得不有所削弱,而呈现出多层多样的杂糅化构成,与学说汇纂(Pandekten)式的法律解释的整合化原型相去甚远。另外,很多司法解释在相当程度上只不过是一种司法政策而已,其中更被强调的不是法理上的融通无碍以及借助原则和逻辑的和谐演绎,而是实践的绩效以及‘目的—手段’式的政策性思考。”[2]但是,这种失之宽泛的批判似乎不适用于行政审判之中。

法院在上述边际之中,实际上有着审查强弱、制度创新急遽和缓之分,法院有着一定的创造发挥空间。但是,从这些年的法院实践看,这个空间并没有我们臆想的那么大,那么不受拘束。法院在推陈出新时实际上倍加小心,思虑再三,要受到诸多因素的影响或制约。宏观的讲,这些因素主要是:行政机关的集体抗拒程度、法院的自我约束机制、行政审判的社会效益、对日益高涨的权益保障意识的司法体认与回应、来自权力机关和其他权威机构的干预、宪法结构的拘束等等。当然,具体到个案中,法院很可能还会考虑一些更加具体的、现实

① 关于合法预期之保护原则,详见余凌云:《行政法上合法预期之保护》,载《中国社会科学》,2003(3)。

② 参见季卫东:“最高人民法院的角色及其演化”,http://www.china-judge.com/ReadNews.asp?NewsID=3274&BigClassID=16&SmallClassID=21&SpecialID=0,访问时间:2007年12月1日。

的、细微的因素。[①]

3. 诉诸集体主义(团体主义)的特征

从上述的归纳中,我们还会发现一个共性现象:在我国,“法官造法”体现了强烈的集体主义(团体主义)特征,[②]也就是以集体的面目出现,借助高层权威,来共同完成新规则的创制。

典型的形式是最高人民法院司法解释。补充的形式是上升、凝固为法院内部的规范性文件,而且,这一般要在上级法院认可、授意下或者与当地政府(党委)互动合作之下完成。即便是个别法院的个别判决,也只有通过最高人民法院审判委员会审核之后以公报形式发布,才真正具有“案件指导作用”。换句话说,惟有如此,这个个别的判案才能作为一个先例,为其他法院所引据与遵循,起到类似西方国家所说的“遵循先例”(*stare dicisis*)的作用。对此,我们可以做除外的分析。

首先,对于法官个人来说,“造法”是一个可望而不可即的梦想。

在我国法院的实际运行规则中,法官个人要想在审判上有所突破,几乎是不可能的,也会是不牢靠的。因为任何有争议或者比较疑难的案件都得先提交行政庭集体讨论,甚至还要上审判委员会。在这个类行政化的审议过程中,法官个人创新的冲动、热情与举动很可能就会被完全遏制住。这是其一。

其二,当前,在法院的改革中纷纷引入了行政机关普遍推行的“错案追究制度”“一票否决制度”“质量考评制度”,使得在制度创新与发展法律方面,法官个人要想在个案的审判中有所突破、有所作为,风险实在太大。

轰动一时的“种子法案”就是一个例子。洛阳中级人民法院法官李慧娟的一纸判决竟然“激起千层浪”。她也因为越权而遭到处分,负责签发该判决书的副庭长赵广云也被撤了职。[③] 发人深省的是,本案的一审判决是经过了洛阳中

① 沈岿博士在分析刘燕文案件中法官在是否应受理该案的前后态度转变时,就曾非常细腻地体察到:“现实中学校与学生在某些情境中不平等的管理关系、民事诉讼被认为并非解决由此管理关系而引发之争议的适当途径、学生合法权益遭受影响、社会矛盾得不到适时和适当的解决等等,都想必是法官曾经考虑与权衡的因素”,“教育对于个体存在之人的发展前景的重要性、毕业证与学位证在一个日益‘证书化’社会中的意义、学生相对于学校的传统弱势地位、合法权益保障需求的高涨等等,都可能会对身处这个社会之中的法官在处理个案时产生程度不同的、明显或潜在的影响”,“最具直接影响力的因素是之前国内其它地区的法院已有将学校作为行政诉讼被告的先例”。所有这些,促使了法官下定决心,援用“法律法规授权的组织”之概念,并将“颁发学位证”作为具体行政行为,审理该案并作出判决。参见沈岿:《制度变迁与法官的规则选择》,http://www.publiclaw.cn/article/Details.asp?NewsId=630&Classid=&ClassName=,访问时间:2007年12月1日。

② 在这个意义上,似乎把“法官造法”改称为“法院造法”,更适合中国的情境。

③ 赵磊:《李慧娟:挑战地方立法》,http://www.dffy.com/fayanguancha/fangyuan/200407/20040725162155.htm,访问时间:2007年12月1日。

院的审判委员会研究,李慧娟按审委会决议草拟了判决书,并送交主管领导签发。但是,这样的程序保障仍然"非常脆弱",不能"抵御外部压力"。①

这至少说明,在中国,类似法国那样的法院内部层层审议的程序还不足以保证一个创新性判决的合法性,也无法真正降低或者转移法官个人的风险。所以,利用司法解释和法院内部的规范性文件来确定某种审判方式的革新或者增加新的司法权使用规则,或许是比较稳妥的、个人不太担风险的做法。

其次,在这种体制下,个别法院要想有所突破并非完全不可能,但要担当较大的风险。

因为在诸多法律制度都不很完善、不很配套的情况下,在个案审判中的突破,可能具有"多米诺效应"(domino offect),会让行政执法人员无所适从。另一方面,个别法院的审判创新,或许会因为媒体的关注与炒作而吸引大家的眼球,但与此同时,也会招致那些有利害关系的行政机关们的警觉、愤怒与集体反抗,而使得这种实践被迫叫停。一个典型的例子就是海淀区法院对北京大学刘燕文案件的审理,一审胜诉之后,二审和重新审理工作据说遇到了"不正常"的干扰,刘燕文的诉讼请求最后以超过诉讼时效为由驳回。此案之后,由于高校要求法院停止受理类似案件的呼声较高,法院和教育系统最终达成了默契,即今后的类似纠纷,由教育行政管理部门内部裁决。②

退一步说,即便是个别法院大胆地迈出了一步,其判案对其他法院来说,也不具有规则性的指导作用,充其量只是在法院之间的经验交流会上或者有关经验材料的交换阅读之中给其他法院一些启发。至于能否仿效,就很难说了,要看其他法院的领导是否也有"创新意识"、当地的行政审判环境是否良好、政府和党委是否支持等等因素。

所以,可以说,诉诸集体主义,在降低法官个人审判的风险的同时,也否定了法官个人的任何创新举动。这一点,在我看来,至少在现今中国的确具有现实的意义和好处。诉诸集体主义的另外一个好处就是能够有效地、有节制地控制"法官造法"的规模与效应,在目前不断进取完善、但又略显零乱、夹杂着一些滞后、不公的立法体系之中,确保法院的介入是适可而止的、是有益的,至少不给立法机关和行政机关添太多的乱、造成太大的麻烦。

---

① 贺卫方:《问题一箩筐——评李慧娟事件》,载《南方周末》,2003 年 11 月 20 日法治 A5 版。http://www. law-times. net/ReadNews. asp? NewsID = 2312&BigClassID = 29&SmallClassID = 35&SpecialID=44,访问时间:2007 年 12 月 1 日。

② 《最高法酝酿将大学纳入行政诉讼 高校反对声重重》,http://news. sina. com. cn/c/2004-08-24/16213483205s. shtml,访问时间:2007 年 12 月 1 日。

4. 摄取立法程序元素

与规章相仿,由于司法解释对法院的判案以及相对人的权益保护也具有非常密切的"近距离接触",而且,具有较普遍的规范意义,所以,最高人民法院也自觉主动地走向了类似立法般的程序,十分注意汲取立法程序的精髓,比如,尤其突出和强调了征求意见环节。①

我们可以将最高人民法院《关于司法解释工作的规定》(法发〔2007〕12号,2007年3月23日)和《规章制定程序条例》(国务院令第322号,2002年1月1日起施行)作一个比对,就不难发现,在立项、起草、审查、决定与发布等内容与要求上,两者有着诸多的类似性(见表1-4"司法解释与规章的制定程序比较")。甚至在个别方面有过之而无不及,比如,司法解释立项的来源更广,甚至允许社会团体和公民都可以提出制定司法解释的建议,这显然受到了参与性民主的强烈影响,更符合现代立法的精神。

表1-4　司法解释与规章的制定程序比较

	立　　项	起　　草	审查与决定
《规章制定程序条例》(2002年)	内设机构或所属工作部门	部门起草。 要求广泛听取有关机关、组织和公民意见,征求其他部门的意见,重大事项要开听证会	法制机构审查。 部门规章经部务会议或者委员会会议决定。地方政府规章经政府常务会议或者全体会议决定。
《关于司法解释工作的规定》(2007年)	立项来源广泛,但有程度的不同。主体包括最高人民法院审判委员会、审判业务部门、高院、军事法院、全国人大代表、全国政协委员、有关国家机关、社会团体或者其他组织以及公民、下级法院	内部机构起草。 经批准向社会征求意见,送全国人民代表大会相关专门委员会或者全国人民代表大会常务委员会相关工作部门征求意见	研究室审核。 审判委员会讨论通过。

① 最高人民法院副院长张军在人民网"强国论坛"上接受采访时,也一再表示:"征求意见是一个重要的环节,所有司法解释都在不同范围内征求了有关立法机关、司法机关、行政部门,甚至是有关部门、金融企事业单位的意见。一些和社会关系非常密切的解释,还有更大的征求意见范围。比方说《婚姻法》的司法解释,最高法院征求了九届全国人大两千多名代表的意见,代表提出了许多非常好的意见,使我们关于《婚姻法》的司法解释更充分、更准确的解释了《婚姻法》,社会效果非常好。""今后再有社会非常关注的司法解释,我们在征求意见的时候,可以考虑利用现代的通信手段,利用网络征求更多人的意见。"参见《近年来高法所作司法解释》,http://www.people.com.cn/GB/14641/14644/3175075.html,访问时间:2007年12月1日。

相形之下，公报和内部规范性文件就无须这般“兴师动众”。“公报上公布的最高人民法院文件、批复和案例，为了作到更准确、更具有权威性，在发稿之前，均经院审判委员会再次进行认真讨论，并可能对其中有的文件，在文字上内容上作必要的修改”。[1] 由于个案的创新业已完成，收入公报只是表明最高人民法院的基本态度与制度取向，所以，上述程序即便封闭、不开放，也无可厚非。地方法院通过内部的规范性文件出台一些行政审判创新举措，一般也要经过集体讨论，甚至会征求上级法院和同级人民政府的意见。有些还可能是法院与行政机关之间互动与默契下的产物，比如，要求地方行政机关首长出庭应诉。[2] 由于其不涉及实体性立法问题，而且规范内容具有相当的局部性，所以，也不太会引发公众和媒体对其制定程序的质疑，至少我还没有从媒体报道中发现有关这方面的不满与批评。

六、结束语：走在制度的边缘

我们当前探讨的这个话题似乎很容易让人产生偏激的想法，误以为行政法的发展都是法官们的功劳。这显然是不符合历史发展的规律，也是不正确的。法院的审判只是推动行政法发展的诸多动力之一。行政法之所以能够形成像现在这样的综合、复杂的体系，是立法、行政实践、学术研究、行政审判等多方面因素促成的结果。

但是，可以肯定的是，在现代社会中，法院应当、也必须具有适度的立法功能。当然，具体到不同的国家，可能这种功能的具体表现形态和享有的程度或许会有所不同。从上述分析中，我们可以发现，在行政审判实践中，我国法院的“造法”活动主要局限在法院审判规则、救济手段以及程序审查方面，总体来讲，是谨慎、健康、有益的，没有实质上突破宪法秩序下的法院角色与功能。因此，至少从行政审判的实践看，那种对我国最高人民法院的司法解释具有一定的法规范创造力的指责与批评，是没有道理的，也是在理论上站不住脚的。我们完全可以不再“犹抱琵琶半遮面”，而是理直气壮地说：最高人民法院应该、也必须具有一定的立法权限！

只是，在现代社会中，在宪政体制之下已经形成较为协调有序、良好合作、

---

① “最高人民法院办公厅关于重申本院发出的内部文件凡与《最高人民法院公报》公布的内容不一致的均以公报为准的通知”（1988 年）。

② 《上海规定行政诉讼案中一把手须出庭当被告》，http://www.chinalawedu.com/news/1000/3/2007/5/li0004415838815700223154-0.htm，访问时间：2007 年 12 月 1 日。

相互制约的司法、行政与立法的现实中,法院发展法律的空间无疑是有限的,要受到必要的约束。从理论上梳理出这样的限制规则无疑是十分有益的,能够使我们进一步明确制度发展的基本方向,能够使我国法院的“造法”功能发挥得更加淋漓尽致、更加具有合法正当性。①

在此,我还想进一步延伸出另外一个话题,也是我近年来一直在思考的一个问题。假如我们承认法院应该具有“造法”功能,能够通过审判活动参与制度的设计与安排,那么,我们就必须同时认可,在很多处于边缘性的、公法与私法接壤的地方,在立法无法从一开始就予以规范的区域,很多纠纷的解决必须或更多地要依靠法院,法院也没有理由或者无法拒绝解决这类纠纷。法院在审判时会更多的求助于传统、惯例、审判效益以及以往解决类似问题的经验。由此而产生的制度更多地表现为实践理性,不是纯粹的理性,而是相对的理性。我们可以从英国、法国和其他欧共体国家看到大量这方面的例子。比如,政府采购合同在有的国家被认为是公法契约,而在有的国家却认为是私法契约。②

法官的个案审判,有的时候是会形成制度性效应的,经过逐年逐个案件的审理,会促成一定的制度安排。最终形成的这种制度安排或许是不尽符合后来的理论认识的,但却是有成效的。对于已经形成了的、并且运转良好的制度安排,我们没有必要用以后逐渐成熟的理论认识来苛求它,我们也根本没有必要

---

① 2007 年 10 月 16 日,应北京市第一中级人民法院行政庭的邀请,就其承担的院重点课题“行政诉讼协调若干问题研究”进行论证。发现课题组成员在探讨行政诉讼协调制度的建设时,非常在意《行政诉讼法》(1989 年)第 50 条关于“人民法院审理行政案件,不适用调解”的规定,生怕越雷池一步,刻意把协调制度设计在案外,而且特别强调行政诉讼协调与和解、调解的本质差别。

所有这些努力,在我看来,都是“掩耳盗铃”。在《行政诉讼法》(1989 年)实施之初,这种协调实践就已受到“点名批评”,不就是因为它在当时的批评者眼里是不符合《行政诉讼法》(1989 年)规定的吗?比如,上海市浦东区区人大常委会副主任、内务司法工作委员会主任胡宪雄于 2003 年 10 月 24 日在浦东新区第二届人民代表大会常务委员会第五次会议上做的《关于检查浦东新区执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉情况的报告》中就提出:“行政案件审判还存在一些不符合法律规定、不规范的做法。尽管行政诉讼案件不适用调解,然而,案外协调依然存在,形成‘变相调解’……”。http://www.pdrd.gov.cn/pudong/showinfo/showinfo.aspx?infoid=1552,访问时间:2007 年 12 月 1 日。所以,在我看来,只要是由“由法官担任中间人”来“处理双方当事人纠纷”,不管是案内或案外,严格地讲,都不符合《行政诉讼法》(1989 年)第 50 条规定。

那么,法院是否就不能进行协调呢?按照本文的观点,法院处于解决行政纠纷的“第一线”,对法律规定不合理之处或者制度改革的要点,比立法者还要清楚、还要敏锐。只要是局部的诉讼程序问题,只要在“法院造法”的边际之内,法院就完全可以锐意革新,无须有太多的顾忌,更无须羞羞答答。当然,需要讲究策略,比如,刻意将“调解”和“协调”区别开来,把“调解”与民事诉讼上的调解同构化,而强调“协调”不是随意处分行政权,而是依法行使行政权。

其实,法院之所以会在协调的创新上彷徨、迟疑、困惑,表现出一种对自我角色的不自信,在我看来,根本原因就在于对“法院造法”的边际没有把握。因此,从理论上梳理出这种边际,意义之大,就不言而喻了。

② 参见余凌云:《行政契约论》(第二版),208～213 页,北京,中国人民大学出版社,2006。

再按照后来的理论认识重新予以归类和制度重构。发生在行政法和民商法学者之间的关于行政契约（主要是“混合契约”）的属性之争，就是一个很典型的例子。在我看来，就没有必要把民商法已经解决的比较好的一些契约类型重新归拢到行政契约范畴上来。[①] 所以，现今我们批判公法与私法的“暧昧”关系，可有的时候，我们还真的要适当地暧昧起来。[②]

最后，让我们记住格立夫斯（Griffiths）的一句很有启发意义的话，“英国的普通法不总是沿着严格的逻辑轨道发展。当逻辑导引的路径会产生实践困境的时候，法院就会毫不惊慌地把它放置一边，去寻找注重实效的解决办法，以最好地满足社会需要。”（The common law of England has not always developed on strictly logical lines, and where logic leads down a path that is beset with practical difficulties the courts have not been frightened to turn aside and seek the pragmatic solution that will best serve the needs of society.）[③]不管我们乐意还是不乐意，法院都将继续在发展行政法的崎岖小径上踯躅而前，发展的路径也将更加策略。

---

① 参见余凌云：《行政契约论》（第二版），306～307页，北京，中国人民大学出版社，2006。

② 在2006年12月16日、17日南京大学法学院召开的“公法与私法的对话”研讨会上，林来梵教授对现今的“公法与私法的暧昧关系”进行了批判。但是，我却从行政契约的研究中感到，有时这样的暧昧关系还是需要的，有的时候，我们的错误恰恰是努力把这种暧昧关系清晰起来。

③ Cited from Lord Justice Woolf, “*The role of the English Judiciary in Developing Public Law*” (1986) *William and Mary Law Review* 680.

行政诉讼法是行政法发展的一个分水岭吗？*
——透视行政法的支架性结构

目　　次

一、引言：追问与思考

在我所阅读到的一些回顾我国行政法发展历程的文章之中，都会把 1989 年《行政诉讼法》的颁布作为一个极其重要的“分水岭”，认为此后的行政法学进

---

* 本文受到 2007 年教育部“新世纪优秀人才支持计划”资助；也是我主持的清华大学“985 工程”二期本科教学面上项目“行政法案例研究方法”的阶段性成果。本文在撰写过程中，中国人民公安大学研究生孔海见、清华大学法学院研究生管君帮助我做了所有的统计工作。本文基本完成之后，何海波博士提了一些建议。在此一并致谢。本文曾提交给韩国全南大学法学院东亚研究中心于 2008 年 4 月 28—30 日举办的“中国、日本和韩国行政诉讼制度的现实条件与任务”。本文的主要内容发表在《清华法学》2009 年第 1 期，并被中国人民大学书报资料中心复印报刊资料《宪法学、行政法学》2009 年第 5 期全文转载。

入了一个“全新的发展阶段”“快速发展时期”。[①] 这个似乎已成定论的论断，对于很多人来说，就像接受大自然和空气一样自然，目光在字面上短暂地停留，不会激起思维的涟漪。当然，这些学者是以历史的经历者，以“圈内人”的直观感受而给出这样的定性结论。可是，对于绝大多数“圈外人”、那些对中国行政法制建设与发展历史没有多少感性认识的人来说，这种仅限于现象性的描述，似乎还不够直观。所以即便这种描述在我看来也是历史的、客观的、真实的，我们还有必要较真地追问一下：行政诉讼法是行政法发展的一个分水岭吗？有定量的依据吗？

我们做了一个统计，以 1989 年《行政诉讼法》颁布为基点，前推 5 年、后延 6 年，在 12 年的跨度内，对行政法学（包括行政诉讼法）的著述做了一个基本的分类统计。统计的依据是刘莘主编的《行政法图书和论文索引总汇（1978—2004）》（收入《行政法治文苑》，中国政法大学出版社，2005）。这是中国法学会行政法学研究会为纪念该学会成立二十周年而专门组织编写的一套丛书——《中国行政法二十年（1978—2004）》中的一本。该书收集、整理、汇编的行政法研究文献应该比较完整、系统、全面、权威。统计之后得出的各类数据，见表 2-1“1984—1995 年著作类数量统计表”和表 2-2“1984—1995 年论文类数量统计表”。根据这些数据，绘制出以下两个图表——图 2-1“1984—1995 年著作类统计”和图 2-2“1984—1995 年论文类统计”。需要说明的是：

第一，我们是按照“行政法”“行政诉讼”“国家赔偿”“案例汇编和评析”四类分别统计。把“普法读物”“法律汇编释义词典”等不能算是“研究”的成果全部剔除出去。

第二，之所以单独统计“国家赔偿”和“案例汇编和评析”，是因为，“国家赔偿”在行政法结构中比较特殊，在《行政诉讼法》（1989 年）中有第 9 章“侵权赔偿责任”（行政赔偿）与之衔接，但其范围又跨越刑事赔偿以及民事诉讼和行政诉讼中的特殊侵权赔偿，将这部分研究成果完全统计到行政诉讼之中似乎有些问题。“案例汇编和评析”也有类似情况，所以做同样处理。而且，从图 2-1 和 2-2 中可以观察到，这两部分的走势也十分低迷。即便全部统计到“行政诉讼”之中，也不会改变下面观察到的“剪刀差”现象。

第三，对港澳台、外国法另行统计。但是，对这方面的研究实际上是借“他山之石”，意在借鉴。所以，在绘制图表时，我们又将港澳台、外国法中有关行政

---

① 这方面的论文很多，比如，罗豪才、姜明安、湛中乐、陈端洪：《行政法学研究现状与发展趋势》，载《中国法学》，1996（1）。又比如，薛刚凌：《行政法发展模式之检讨与重构》，收入应松年、马怀德主编：《当代行政法的源流——王名扬教授九十华诞贺寿文集》，80 页，北京，中国法制出版社，2006。

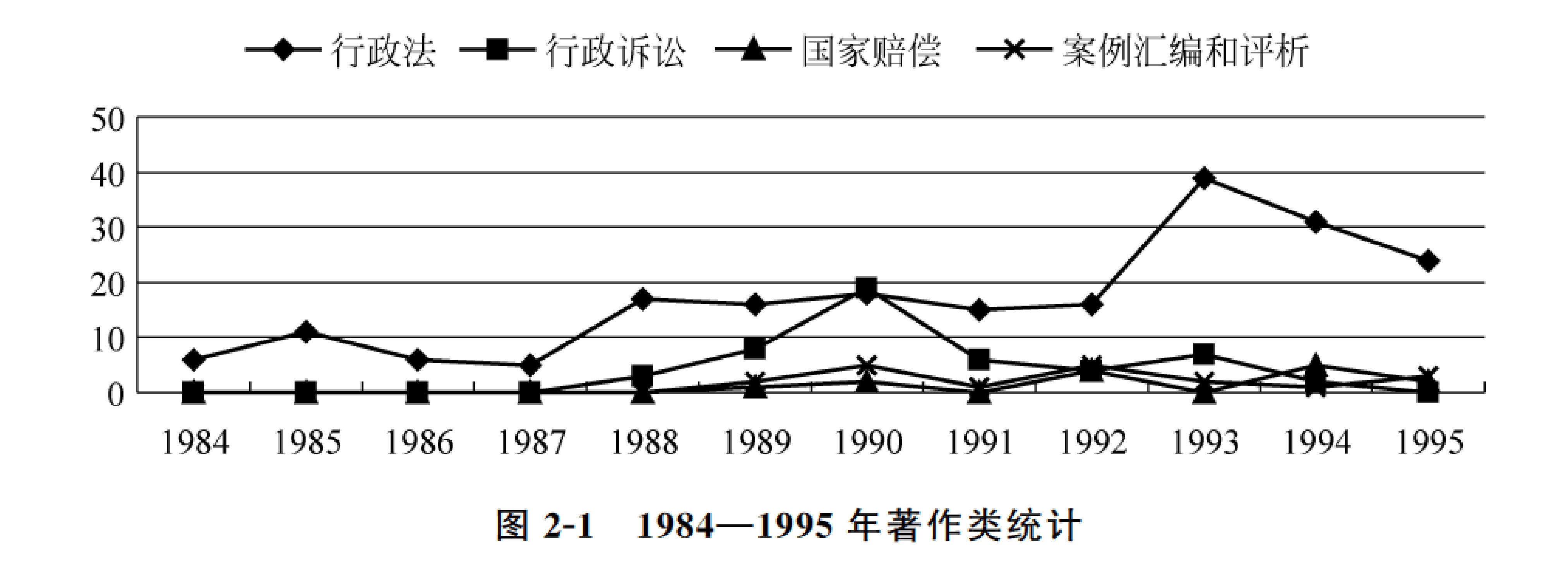


图 2-1　1984—1995 年著作类统计

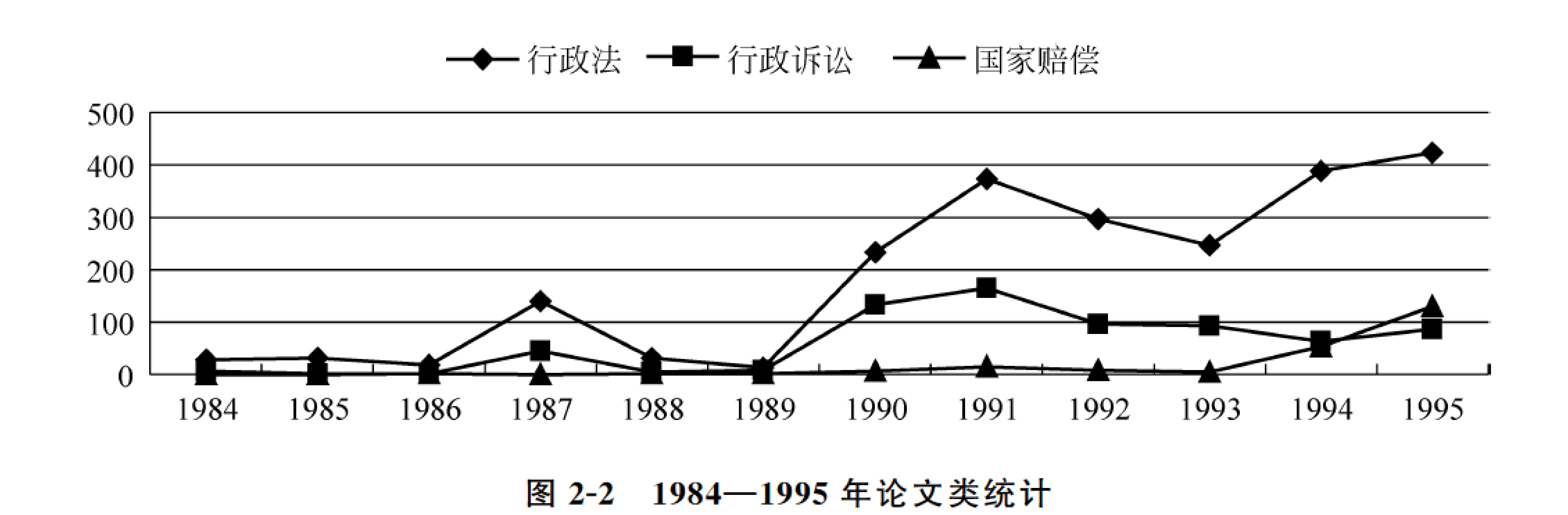


图 2-2　1984—1995 年论文类统计

法、行政诉讼的著述分别统计到上述对应的类别之中。

第四,由于有些成果有研究跨度,具有边缘性,归类时难免有统计者的主观判断,可能会影响归类统计的精确度。但好在这类情形毕竟较少,对下面的分析可能产生的影响也不大。

表 2-1　1984—1995 年著作类数量统计表

年份		1984	1985	1986	1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995
行政法	著作	0	2	0	0	2	4	7	7	10	14	15	14
	教材	3	3	3	2	12	11	11	7	6	17	12	6
行政诉讼		0	0	0	0	2	8	19	5	4	7	2	0
国家赔偿		0	0	0	0	0	1	2	2	2	0	5	2
港澳台、外国	行政法	3	6	3	3	3	1	0	1	0	8	4	4
	行政诉讼	0	0	0	0	1	0	0	1	0	0	0	0
	国家赔偿	0	0	0	0	0	0	0	0	2	0	0	0
案例汇编和评析类		0	0	0	0	0	2	5	1	5	2	1	3
总计		6	11	6	5	20	27	44	24	29	48	39	29

说明

1. 港澳台、外国部分包括著作和译著;

2. 不包括“实务与普法类”(第 32 页)。

表 2-2　1984 年—1995 年论文类数量统计表

年　份		1984	1985	1986	1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995
行政法		20	21	17	134	30	13	224	356	277	225	365	399
行政诉讼		2	1	1	40	5	8	130	162	95	84	63	85
国家赔偿		0	0	1	0	2	1	5	15	8	4	51	128
港澳台、外国	行政法	8	11	1	6	1	0	10	17	20	21	24	24
	行政诉讼	4	0	1	5	0	0	4	3	2	9	1	2
	国家赔偿	0	0	0	0	0	0	1	0	1	1	2	2
总计		34	33	21	185	38	22	374	553	403	344	506	640

说明

1. 港澳台、外国部分包括“比较行政法”(第 284 页)；

2. 不包括“重要讲话”等(第 346 页)。

从上述统计数据的图表中，我们会非常直观地发现一些有意思的现象：

(1) 数据上的初步印证

对于行政法著作与论文来说，1989 年和 1990 年的确是一个相当有意义的“分水岭”。从 1989 年开始急遽增长，到 1991 年达到一个波峰。从 1990 年到 1995 年平均每年发表论文数达到 470 篇，而 1984 年到 1989 年间，年发表论文数一般在 56 篇上下浮动。也就是说，前后增加了 8 倍多。这说明《行政诉讼法》(1989 年)实施之后，理论研究空前繁荣。

但是，仅凭这些数据，我们还无法断言“急遽增长就一定是，或主要是行政诉讼刺激的结果”。因为其中或许还可能夹杂着很多其他影响因子，比如，研究群体的人数增加、研究者的个人研究趣味、立法法学的研究路数与偏好、[①]还有其他的一些偶然因素，都可能影响这个结果。因此，我们还得仔细去考察、探究其中的缘由。

(2) 呈现出“剪刀差”的形状

图表 2-2 论文类的统计显示，行政法的论文数量从 1989 年之后开始迅速增长，到 1991 年达到一个波峰，之后虽略有下降，但到 1993 年又开始上升，1994 年、1995 年上涨幅度甚至超过了 1991 年，总体保持较高的水平。行政诉讼的论文数量在 1989 年之后也有显著增长，在 1990 年、1991 年出现波峰之后，却一直走低，没有太大起色。从 1990 年到 1995 年，行政诉讼论文平均每年发表数为 107 篇，同期行政法论文年平均数高达 327 篇，彼此相差 220 篇，出现了明显的落差，形成了张开的“剪刀差”。

同样，我们从上述图表 2-1 著作类统计中也发现了类似的现象。行政诉讼

① 参见何海波：《中国行政法学研究范式的变迁》，http://www.civillaw.com.cn/Article/default.asp? id=32936，访问时间：2008 年 12 月 1 日。

教材除了在1990年出现一个波峰之外,之后的情况与1989年之前没有多大的反差,倒是行政法著作与教材在1990年之后呈现了较大幅度的增长,与行政诉讼教材情况也形成了“剪刀差”。

在1990年前后,行政诉讼的教材和论文出现波峰,是可以理解的。因为行政诉讼法刚刚出台和实施,作为热门立法问题,不管是出于普法宣传、为行政审判实践服务的需要,还是因为这类著述比较容易发表或者出版,都会出现“一窝蜂”现象。但是,在1992年之后迅速下降,并保持基本稳定,再也没有形成新的波峰,哪怕是很小的波峰。这似乎是极其出乎常理的。

首先,照理来讲,《行政诉讼法》于1990年实施之后,随着行政审判实践如火如荼地开展,法院受理案件逐渐增多,覆盖的行政领域持续扩大,遇到的疑难问题也相应增加,①实践对理论的需求也会相应攀升。市场需求必然会刺激生产领域。所有这些都应该会拉动行政诉讼的理论研究继续发展,使得这方面著述的质和量进一步攀升。

其次,从宽泛的意义上讲,行政法的理论发展源自判例法(case law),都是以行政诉讼为行政法理论发展的原点与动力。行政法学会不断受到法院审判实践的激励、推动与催化作用。② 行政法与行政诉讼之间将相互激荡、彼此互动、共同发展。

---

① 在1993年,当时担任最高人民法院院长的任建新向第八届全国人大第一次会议作工作报告(1993年3月22日)时指出:“1989年行政诉讼法的颁布,使行政审判工作进入了一个新阶段,行政诉讼涉及的领域不断扩大,行政诉讼案件上升很快。5年全国法院共受理一审行政案件84305件,平均每年上升百分之三十五点五,案件涉及30多个行政部门。共审结82 129件,其中维持行政机关决定的占百分之三十四点一,撤销行政机关决定的占百分之十七点五,变更行政机关决定的占百分之三,撤诉的占百分之三十五点四,作其他处理的占百分之十。此外,各级人民法院还办理了行政机关申请强制执行的案件131 328件。”1994年,行政案件34 567件,比1993年上升23.64%。最高人民法院1992年工作报告中也指出:“去年,人民法院的行政审判工作有了较快的发展。一是案件增长较多。全年共受理一审行政案件25 667件,比上年上升百分之九十七点四。其中,治安、土地、林业、税务行政案件上升的幅度都在百分之百以上。二是随着行政法律、法规的不断增多,行政诉讼涉及的领域不断扩大。现在,涉及行政诉讼的有关法律有50多件,国务院发布的行政法规和行政法规性文件1 100余件。法院受理的行政案件类型已达30多种,许多过去没有或者少有的水利、统计、烟草专卖、能源和不服劳动教养决定等行政案件陆续起诉到法院。”以上数据和内容,引自1990—1994年最高人民法院工作报告。http://www.court.gov.cn/work/,访问时间:2008年12月1日。

② 这种现象似乎具有普遍性,不断地被一些国家的行政法发展史所印证。比如,在典型的具有深厚成文法传统的法国,行政法却源自判例。法国的行政法学是学者对行政法院判决进行注释、解说、归纳、抽象而成。在行政法研究的过程中,行政法学与行政法院形成了互动关系:一方面,行政法院的判决成为行政法学研究的主要素材,成为行政法学的研究对象,从而被注释、被评论,甚至是被批判、被否定。另一方面,行政法学对于行政法院判决的理论评价与分析,对判例规律的总结,对行政法原则的提取,促成了法国行政法实践的良性循环。参见赵世奎:《法国行政法学初探》,http://www.chinalawedu.com/news/2005/4/ma99352638541814500210944.html,访问时间:2008年12月1日。

同样,在日本,行政法学说与行政判例也形成了相辅相成的关系。行政判例依赖于学说,又对学说的不完备予以补充;学说则从判例中汲取刺激和营养。从而促成日本行政法高度发达以及行政法学体系不断完备。参见杨建顺:《日本行政法通论》,67页,北京,中国法制出版社,1998。

那么，基于上述两点认识，我们很自然会觉得：行政法与行政诉讼的理论研究，无论在数量还是质量上，都应该齐头并进，至少是伯仲之间，不会有很大的落差。这样似乎才算是一种正常状态。但是，我们却从上述统计数据中读出了反常，发现了两把“剪刀差”。① 这又是为什么呢？

认真回答上述这些问题，对于印证“分水岭”之说固然是必要的。但是，我并不满足对上述已有结论的验证，“重复昨天的故事”，这只是对过去的评价与再评价，应该是法制史学者感兴趣的事，而不是我。我更希望通过对这个问题的不断追问，能够进一步发现和揭示出更深层次的一些理论问题，也就是以往我们在研究中或许不经意地触及，在具体问题的思考中时常涉猎过，但又没有把它真正当回事的行政法与行政诉讼之间的关系问题，挖掘隐藏在深处的行政法的支架性结构。② 这对未来行政法建构很有意义，能够让我们从这样一个视

---

① 实际上应该是三把“剪刀差”。另外一把是“案例汇编和评析”与行政法著述之间张得更大的“剪刀差”。从图表2-1中不难看到，案例类的汇编、研究和评析，也一直“不温不火”，波澜不惊，没有大起大落，数量上也相当少。

在我看来，案例汇编少，很正常，恐怕主要是为了满足教学需要，“以例释理”，有几本足矣，无须更多。这类书如果没有很好的销售市场（或者包销），出版社出于经济效益的考虑，也不会有太多的出版热情。

但是，面对法院在审判中遇到的“疑难杂症”，应该能够引起学者“会诊”的强烈兴趣，但此类研究却少，这倒让人费解。会不会是因为我国行政审判缺少判例法制度，对个案的研究不容易产生制度化效应的结果？还是因为我们实在太酷爱理论上的高度抽象思维，不屑对具体案件进行“麻雀解剖”，而是把个案中的问题带入到了抽象的理论研究之中，成为思考理论的问题来源？至少从现象上看，两者兼而有之。

② 从学科发展的历史角度看，在行政法起步之初，从1979年到1989年4月《行政诉讼法》的制定这段时期，行政诉讼就蕴涵在行政法当中，没有独立的品质。胡建淼教授认为，这个时期，行政法学理论体系基本上全采用“大行政法学”体系。“造成这种现状的因素主要有两个：第一，当时在中国，制定行政诉讼法尚未提上日程，学术界亦尚未有成熟的独立的行政诉讼法学理论。第二，学术界有一种认识，即认为行政法同行政诉讼法不分，正是行政法区别于民法和刑法的一个特点。”（参见胡建淼：《中国行政法学理论体系的模式及评判》，载《中国法学》，1997（1））。当时的行政法教科书，“清一色”，都是行政法学，比如1985年姜明安著《行政法学》；应松年、朱维究著《行政法学总论》；1986年姜明安著《行政法概论》；皮纯协主编《中国行政法教程》，等等。

到了1989年《行政诉讼法》颁布前后，开始出现独立的《行政诉讼法》教材，其标志是1988年由国务院法制局审定、中国政法大学出版社出版的“政府法制干部培训教材”和同年由任建新担任主任委员、中国政法大学出版社出版的“行政诉讼系列教材”。这段时期出版的行政诉讼法教材主要包括，1988年董潘舆主编《外国行政诉讼法教程》；1990年罗豪才主编《行政诉讼法学》；1991年王名扬主编《外国行政诉讼制度》；1993年皮纯协主编《行政诉讼法教程》；姜明安著《行政诉讼法学》；等等。随着行政诉讼的实践深入和理论深化，考虑课时容量，行政诉讼法似乎开始与行政法分道扬镳、平分秋色。

20世纪90年代之后，“由于开设课程越来越多，学生疲于上课而无自学时间”，（参见姜明安：《行政诉讼法》，5页，注释1，北京，法律出版社，2007），出现学科的整合和凝练，又将行政法与行政诉讼法合而为一。但是，历史上的分立还是给人们的思维和后来的教科书留下了很深的历史烙印，产生了一种约定俗成的学科分界。比如，1999年姜明安主编《行政法与行政诉讼法》，这个书名本身就很说明问题。

对上述“合久必分，分久必合”，胡建淼教授有如下评价：“中国目前是两种行政法学体系并存：一种是‘大体系’，把行政法同行政诉讼法合为一体；另一种是‘小体系’，即行政法学不包括行政诉讼法学。”“既然刑事诉讼法是与刑法相对应的一个独立的法律部门，民事诉讼法是与民法相对应的一个独立的法律部门，那么，行政诉讼法也必然是，而且也应该是，与行政法相对应的一个独立的法律部门。与此相适应，行政法学与行政诉讼法学也应是两个独立的法学部门而不是相反。如果在《中华人民共和国行政诉讼法》尚未制定以及行政诉讼法学理论尚未形成的前期，采用行政法学的‘大体系’尚可接受的话，那么在《中华人民共和国行政诉讼法》业已实施6年以及行政诉讼法学理论业已成熟的今天，继续坚持行政实体法学与行政诉讼法学不分的主张是不可理喻的。”（参见胡建淼：《中国行政法学理论体系的模式及评判》，载《中国法学》，1997（1））。

在本文中，为研究方便，我也采取“小体系”说，行政法是指行政诉讼之外的理论结构。

角去重新认识现代行政法所面临的挑战,并思考相应的对策。

我的研究思路是,围绕着"行政诉讼法是行政法发展的一个分水岭吗"这个问题,把它作为贯穿始终的一根红线,从以下四个方面展开研究:

第一,我将试图解释上述图表(charter)之中表现出的正常与异常的状况。通过对"剪刀差"现象的思考,试图揭示出行政诉讼与行政法(总则)理论之间存在着的内在关系,并论证这是行政法的支架性结构作用的结果。这无论作为一种研究方法还是对行政法自身理论结构的发展,或许都是有益的。

第二,为了能够确立我的理论预设,就必须排除一个疑问——是"立法法学"而不是《行政诉讼法》(1989 年)的实施刺激了研究著述的急遽增长(?)。通过对有关数据的统计与对比,不仅坚定了我的看法,而且我还发现,所谓"立法法学主宰说"是不完全成立的。

第三,如果说,前两点研究都是从理论层面来解决《行政诉讼法》(1989 年)对行政法理论发展的贡献的。那么,从立法发展的视角,《行政诉讼法》(1989 年)与其后的法律制定之间究竟存在着什么样的联系?是否也会促进后续实体立法的快速发展呢?其中的机理是什么呢?这是我关心的另外一个重要问题。当然,这也是考量《行政诉讼法》(1989 年)是否为行政法发展的"分水岭"的另外一个重要指标,也是再次检验我的理论预设的试验场。

第四,我将继续沿着前述考察中所发现的行政法与行政诉讼之间的内在牵连关系,进一步思考行政法体系结构的特征,以及行政法研究的基本方法问题。更重要的是由这一视角去揭示出现代行政法所面临的挑战,何以成其为挑战,以及应对挑战的基本策略。

二、"剪刀差"背后的道理

章志远博士在他的研究中注意到了这个"失衡"现象,他把原因归结为"学人的漠视"。"除了中国政法大学等个别学术研究重镇凭借其天然优势不断推出行政诉讼法学研究成果以外,其他行政法学者大多仅以行政诉讼法学研究为'副业',甚至根本不研究行政诉讼问题。由此导致一个极为尴尬的局面,即行政诉讼法学既不受诉讼法学界的重视,也不受行政法学界的重视;诉讼法学界往往认为行政诉讼法学应当归属于行政法学,而行政法学界大多则认为行政诉讼法学应当皈依诉讼法学之门。如此一来,行政诉讼法学自身的身份认同便出现了前所未有的危机,其地位日趋边缘化。"①

---

① 参见章志远:《现实困境与路径选择:中国行政法学研究之省思》,载《河南省政法管理干部学院学报》,2006(1)。

但是，这个判断很难解释一个实践提出的问题，那就是《行政诉讼法》(1989年)实施之后，尽管屡遭坎坷、步履艰难，但是，在之后的五年内，行政诉讼案件，不论是数量还是类型，总体上都在稳健的增加。因此，行政诉讼实践对理论的“消费需求”应该是客观存在、不容忽视、并不断增长的，那么，行政法学者有什么理由不去加紧生产以满足这种市场需求呢？在不断受理和处理日益增多的行政案件、特别是新的案件类型的过程中，行政诉讼无疑是向前发展了。难道这后来的发展完全是法官们的智慧，与学者无关？所以，章志远的观点很难说服我。而且，在我看来，它很可能使我们在一种看似当然的结论之中让更重要的理论关系溜了过去。

那么，会是什么原因造成“剪刀差”呢？在我看来，主要原因应该是行政法与行政诉讼法之间存在着千丝万缕的内在联系，存在着结构上较为密集的对称性。在这种对称性的结构之中又很可能发生双向的流动。从功能的角度看，相对应的部分之间很大程度上可以、也能够相互替代。也就是说，本属于行政诉讼关注的问题有可能“潜入”行政法之中，由行政法来研究，并反过来为行政诉讼所援用。反之，亦然。又由于我们的学术传统与习惯，使得大量的行政诉讼问题都单向地流入了行政法之中，导致了学术成果数量外在的呈现出“剪刀差”。

这种结构对称之中的对流，最为典型的恐怕要算是发生在行政行为与行政诉讼之间。我们将目光在其中流连往返，就不难发现它们存在着比较工整的对应，甚至是一一对应(见图 2-3)。

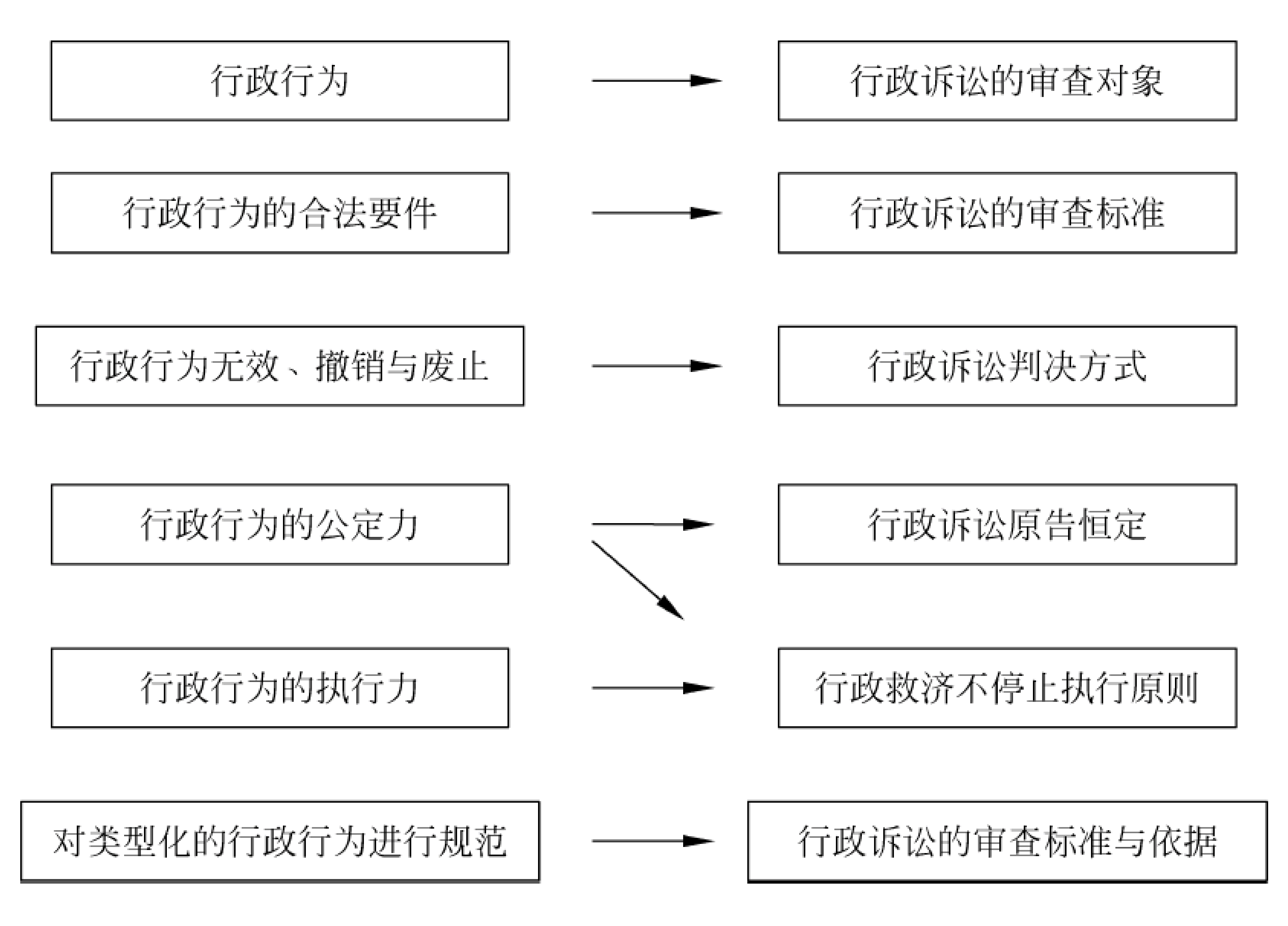


图 2-3　行政行为与行政诉讼的对应

(1) 行政行为的基本特征,也就是所谓的“三性”——公共权力、单方性与法律效果,是法院据以审查是否应当纳入行政诉讼的审查对象的考量标准。行政行为的类型化,只不过是为了简化法院审查的过程。对行政行为不断类型化,并且不断予以法意义上的规范,实际上是为法院审查该行政行为提供衡量的依据和标准。

(2) 行政行为合法要件,也就是通说的“四要件”说——主体合法、内容合法、程序合法、形式合法,构成了行政诉讼合法性审查的基本标准与进路。也是维持判决必须符合的基本条件。

(3) 行政行为的无效、撤销与废止决定了法院对被诉行政行为的处理态度与方式。与确认判决、撤销、驳回诉讼请求等判决形式之间有着内在的交叉对应联系。

(4) 行政行为的公定力使得行政机关的预期能够通过其本身的决定实现,不需要求助于司法力量,而相对人则必须通过行政诉讼才能解决权利的救济问题,这决定了行政诉讼上的原告恒定——只能是相对人。行政行为的公定力和执行力共同支撑着行政诉讼上的行政救济不停止执行原则。

或许,有人会说,行政行为(Verwaltungsakt, administrative act)是传统行政法中像“阿基米德支点”一样的核心性概念,行政诉讼就是围绕着这个基本的概念构筑起来的。这个来自德国的行政法概念,在德国行政法上原本就与行政诉讼有着异常密切的联系,只有与这类行为有关,才允许提起无效之诉或者强行禁止之诉(The notion of administrative act in German law has a great deal to do with judicial remedies because it is only with respect to such acts that a suit for invalidity or a suit for mandatory injunction can be filed)。[①] 所以,或许在一些人眼里,这个例子说明不了什么。

那么,我们就用诉讼的眼光再迅速地梳理一下从行政法基本原则、行政主体、行政程序到行政复议,我们仍然能够发现它们折射到诉讼上的或多或少的影像。我们甚至可以说,就整个行政法理论构架看,随便拎出一个问题,恐怕都具有行政诉讼上的意义,或者都能够、也必须从行政诉讼意义上去解说和构造。

比如,图 2-4 显示了行政主体理论最原始、最基本的功用,即有助于确定行政行为的效力、确定行政诉讼的被告资格和法律责任的归属。[②] 尽管这种功用近年来不断受到理论上的批判,比如,传统的行政主体理论不足以涵盖现代

① Cf. Mahandra P. Singh, *German Administrative Law: in Common Law Perspective*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 1985, p. 36.

② 参见毕洪海:《转型中的行政法学——二十世纪九十年代以来中国行政法学研究透视》,载罗豪才主编:《行政法论丛(第七卷)》,北京,法律出版社,2004。

社会出现的所有公共治理现象和公权力行使主体，甚至还提出行政诉讼被告的笼统化、简单化的建议，[①]但是，仍然不排斥我们从诉讼意义上去思考行政主体理论问题。近年来，行政法学者对行业协会、基层自治组织等的关注，恰恰是从关注其中发生的纠纷应该通过什么性质的救济途径来解决开始的。比如，东营村村民委员会选举纠纷案，[②]以及长春亚泰足球俱乐部诉中国足协行政诉讼案。[③]

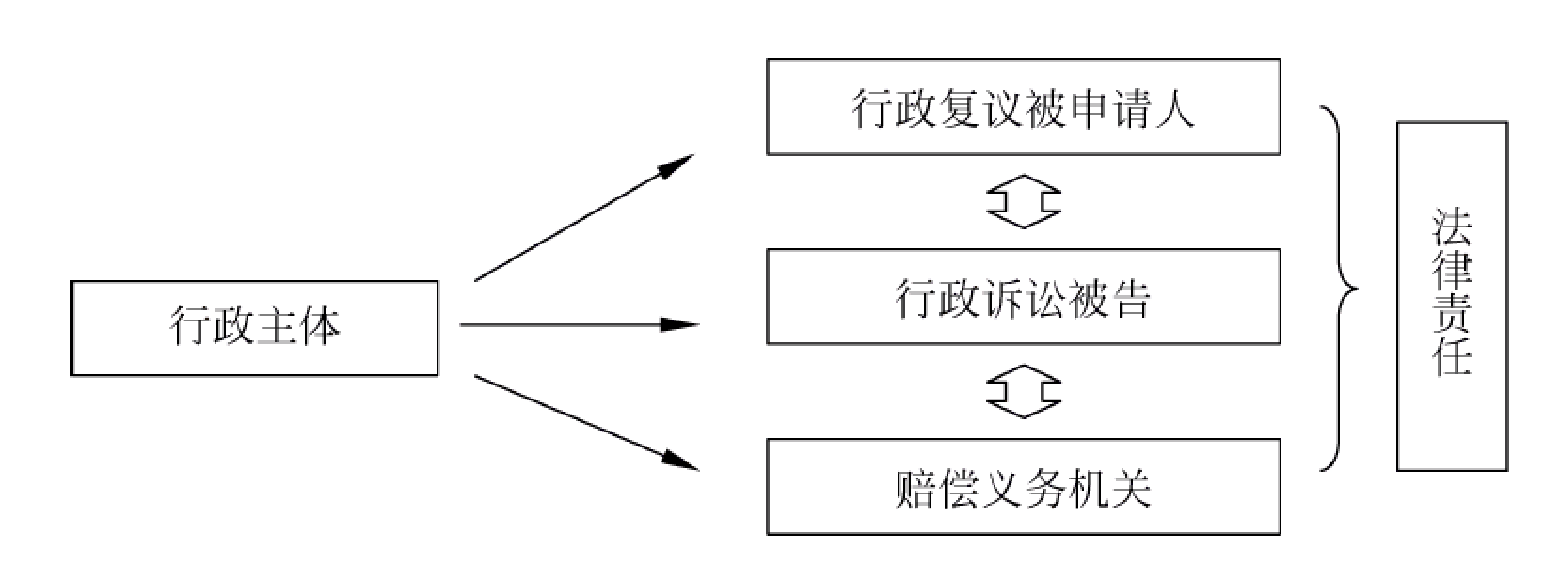


图 2-4　行政主体的行政救济意义

即便是那些在很多人看来与行政法没有什么勾连，纯属行政诉讼本身的东西，完全由法院本身的运行机制决定的，比如，法院的行政审判组织、管辖与其他一些纯粹的审判程序规则，在近来的研究中似乎也在不断与行政法发生勾连。有关提高管辖级别的呼吁，就是考虑到行政法律关系中主体地位的不平等，行政机关所处的优越地位可能会对法院产生的不正当干预，而想出的一种对抗性回应。关于简易诉讼程序与独审制的建议，也是基于行政执法中的简易程序与案件不复杂而提出的对策。

德国学者胡芬曾说："事实上，有关实体性公法(宪法和行政法)的高度专业化知识将毫无用处的，如果它们不涉及行政诉讼法，并藉以获得相应解释和实现的话。"[④]当然，这句话说得有点绝对，但他的确发现了这样的内在对应关系。因此，这种对应关系应该是一种客观存在，形成了比较漂亮的"支架性结构"(见表 2-3"行政法与行政诉讼之间的对应关系")。

---

① 比如，马怀德就认为，有两种方案可以考虑：一是谁行为谁为被告；二是确定一级政府为被告。不管是政府的哪个职能部门、直属机构、特设机构、事业单位，只要是该级政府的部门，该级政府就要承担责任。参见马怀德：《行政诉讼法的修改》(北大天同公法论坛)，http://www.frchina.net/forumnew/viewthread.php?tid=27693，访问时间：2008 年 12 月 1 日。

② 王新友：《划片选举的"猫腻"——石家庄新华区东营村划片选举村民代表引发 900 多选民不满》，载《检察日报》，2006 年 4 月 24 日。

③ 岑剑梅：《反思法在现代社团治理中的意义》，http://www.yfzs.gov.cn/gb/info/xsll/xzfx/2004-10/02/2328100605.html，访问时间：2008 年 12 月 1 日。

④ [德]佛里德赫尔穆·胡芬：《行政诉讼法》，莫光华译，4 页，北京，法律出版社，2003。

表 2-3　行政法与行政诉讼之间的对应关系

行　政　法	行 政 诉 讼	改 革 趋 向
行政	行政纠纷的类型,行政救济的范围	公共治理与行政
行政法的渊源	行政诉讼的法律适用	
行政法律关系(行政机关与相对人不对等)	通过不对等的程序权利义务配置实现双方当事人诉讼地位平等	提高管辖级别,交叉管辖,实行三审终审
行政法的功能与作用	行政诉讼目的,起诉资格	
行政法基本原则	审查标准	增加与合法预期和比例原则相对应的审查标准
依法行政	行政诉讼不调解原则、合法性审查原则	行政诉讼的协调
行政主体	被告	特别权利关系中的基本权利关系纳入行政诉讼
行政相对人	原告	
第三部门	被告,受案范围	公共治理及其纠纷解决
行政立法	行政诉讼的法律适用,受案范围	对抽象行政行为的司法审查
行政行为	行政诉讼的审查对象,受案范围	以人权保障为标准
行政行为合法要件	维持判决	取消维持判决
行政行为公定力	原告恒定,不需要反诉	
行政行为执行力	行政诉讼不停止执行原则	行政诉讼停止执行原则
无效与可撤销行政行为	撤销判决、确认判决、驳回诉讼请求判决	
类型化行政行为	受案范围,审查依据	
行政程序	违反法定程序的内涵,审查依据	多样化的司法对应,包括治愈、撤销等
政府信息公开	要求被告提交作出具体行政行为的依据	政府信息充分公开之后,此要求变得没有必要,而且也容易误导法院审判
简易程序	违反法定程序的内涵,审查依据	简易诉讼程序,独审制,证据规则
行政调查中的证明责任	举证责任	
行政复议	复议前置,被告,证据规则等	复议机关不能作被告

在我看来,这种对应关系决非一一对应性的,更多的是发散型的、粗略的对称,是两个模块之间的大致对称。但只要这种对应关系的发生呈现出一定的密度和较大的概率,形成了不容忽视的规模,就能够促成巨大的流动而改变研究

的格局。这就足以说明问题了。

由于长期以来，我们深受德国法的研究方法和法律传统的熏陶，[①]热衷于对实体问题的理论建构，热衷于对行政法基本理论的抽象思考，这就使得理论研究的重心发生了合乎情理的偏移，由行政诉讼领域转入了行政法领域，形成了一种学术习惯和研究定式。

随着行政诉讼实践的深入，案件数量与类型在不断增加，伴随而生，且愈益增多的实践问题，原本产生的压力应直接作用于行政诉讼，促进相应理论的发展，也因为上述形成的流向，而使得这种作用力很大一部分被传导到行政法之上，变成不断刺激行政法相关理论发展的直接动因。

而行政法相关理论研究的发达，实际上又是在解决行政诉讼上相对应的审查标准、依据或进路。问题已然在“上游”（行政法）得到解决，在“下游”（行政诉讼）再进行研究就显得愈发多余而没有必要，成果产出自然就会大幅度下降。所以，就慢慢地形成了我们所观察到的“剪刀差”现象。

其实，在我看来，“遁入”只是一种表象，萎缩也是一种表象，隐藏在背后的却是双方的加强。因为，从某种意义上讲，对行政法问题的规范，实际上就是对相关行政诉讼问题的规范。发展行政法的理论，实际上就是在发展行政诉讼法上的相关理论。因此，从现象上看，行政法理论得到空前繁荣与发展，但这并不能说明行政诉讼的理论没有发展，恰好相反，行政诉讼理论与此同时也取得了长足的进步。否则，我们就无法解释，为什么行政诉讼理论表面上的萎缩，而行政审判实践却能够得到顺利发展？

三、“立法法学”的功劳？

恐怕，很多行政法学者都在潜意识中认可，中国当代的行政法学历程，很大程度上是一段学者推动和参与行政立法的过程。的确，从现象上看，长期以来，围绕着立法而进行对策性理论研究，已蔚然成风，成为一种为众多学者追捧的时尚。何海波博士从行政法著作的学术分量（如应松年主编的《行政行为法》），以及我国第一批行政法博士的选题等方面，把以追逐立法动向、围绕立法问题研究、为立法献计献策为特点的研究范式定义为“立法法学”。并断言道：“在近

① 费勒（A. H. Feller）就说过：“抽象化与体系化的研究是德国学者的挚爱”（The first love of German scholars is systematization and generalization）。德国学者投入了大量的热情与精力去研究与行政组织有关的各个方面问题。Cf. A. H. Feller, “*Tendencies in Recent German Administrative Law Writing*”（1932—1933）18 *Iowa Law Review* 148-149.

20 年的时间里,立法法学主宰了行政法学研究”。[①]

从直觉上看,上述观点似乎反映了一个客观事实。假定这个观点是成立的,将会对我上述分析提出严峻的质疑和挑战——人们将有理由认为,1989 年之后行政法学理论的迅猛发展,不是因为《行政诉讼法》(1989 年)推进的结果,而是“立法法学”的功劳。

因此,我们还必须认真解答的一个猜想和疑问是,1989 年之后的行政法著述的大幅度攀升,会不会是因为出现了大量的围绕着有关重要的立法而进行的理论对策性研究?换句话说,是之后的有关法律的制定工作推动了行政法研究的繁荣发展,而不是或不仅仅是因为《行政诉讼法》(1989 年)的缘故?

《行政诉讼法》(1989 年)颁布之后的十年间(1989 年到 1999 年),制定法律 144 个。[②] 当然,不会是所有的法律都吸引多数行政法学者的眼球,引起普遍关注和研究兴趣。往往是那些行政法学者如数家珍、朗朗上口的,把它们当作行政法发展的一个个重要事件来枚举的立法,才是“立法法学”较为理想的研究对象。而那些为特定行政领域、特殊问题而设,技术含量较高,过于专业化、部门化的法律,一般不会被“立法法学”青睐。从数量上看,后者居多。

我们可以把重要的立法按照时间顺序做一个梳理,大致次序是《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》(1979 年)、《国务院组织法》(1982 年)、《行政诉讼法》(1989 年)、《行政复议条例》(1990 年)、《国家公务员暂行条例》(1993 年)、《国家赔偿法》(1994 年)、《行政处罚法》(1996 年)、《行政监察法》(1997 年)、《行政复议法》(1999 年)、《立法法》(2000 年)、《政府采购法》(2002 年)、《行政许可法》(2003 年)、《公务员法》(2005 年)、《政府信息公开条例》(2007 年)。共 14 个。

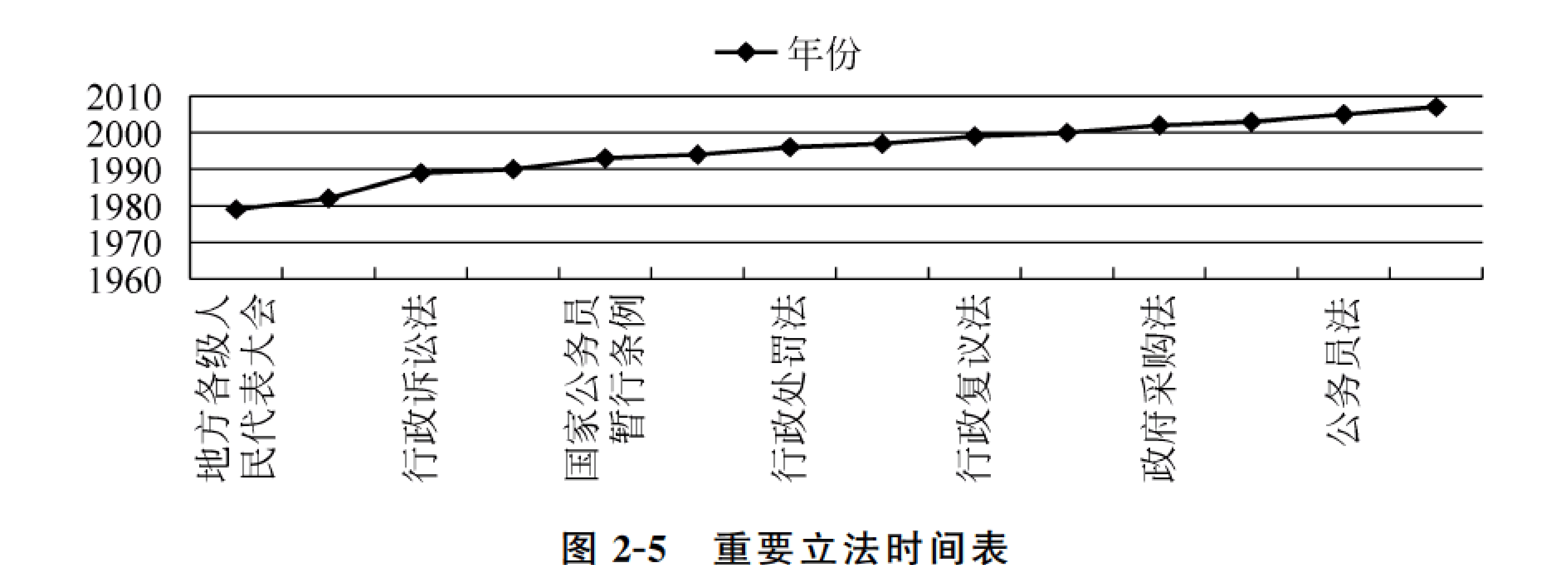


图 2-5 重要立法时间表

---

① 何海波:《中国行政法学研究范式的变迁》,http://www.iolaw.org.cn/shownews.asp?id=15888,访问时间:2008 年 12 月 1 日。

② 参见应松年、薛刚凌:《行政诉讼十年回顾——行政诉讼的成就、价值、问题与完善》,载《行政法学研究》,1999(4)。

其中，我们把在1989—1995年间之内或者最接近的立法挑选出来，共有4个。我们还进一步检索出它们正式列入立法规划或者正式开始起草的年份（见表2-4），这表明有关信息可能在更早的时候就已广而告之，为学者所知悉。

表2-4　立法规划和颁布时间

	列入立法规划时间	颁布时间
《行政复议条例》	1989年开始起草①	1990
《国家公务员暂行条例》	1984年开始正式起草②	1993
《国家赔偿法》	1988年第七届全国人大常委会立法规划	1994
《行政处罚法》	1994第八届全国人大常委会立法规划	1996

可以说，相对于其后的那些立法，这些立法更加迫切、确定而现实，最“看得见、摸得着”，而不是“八字还没有一撇”，还处于鼓噪、呼吁、酝酿、萌动之中。同时，这些立法也最迫切需要理论支撑，是一群对理论的“饥渴的消费者”。所以，也应该最能够激发起学者们的研究热情。从非常功利的角度讲，在这段时期内研究这些立法问题，成果最容易引起各方面的关注与争鸣。假如有些建议被立法机关采纳，更是学者的无上荣耀。这应该是“立法法学”的终极目的。

另外，我们截取这么一段时间来做有关研究成果的数据统计和分析，长达6年应该不算太短，对于发表研究成果的周期来讲也算适宜，也符合科学研究和出版发表的时间要求。假如上述“立法法学”的观点能够成立，那么，我们就有理由期待获得这样的统计结果：围绕着上述时期立法的著述应当占据绝大多数。

接下来，我们同样也对有关行政复议、公务员、国家赔偿和行政处罚的著作和论文分别进行统计（见表2-5和表2-6），做相应的分类。统计时，我们是把这一

表2-5　1989—1995年行政复议、公务员、国家赔偿和行政处罚著作类统计

	专著类	教材类	法律汇编、释义、辞典	实务类	总计
行政复议	3	3	2	6	14
公务员	19	2	7	21	49
国家赔偿	12	2	6	8	28
行政处罚	7	0	1	1	9

① 参见国务院法制局编：《行政复议条例释义》，159页，北京，中国法制出版社，1991。

② 参见皮纯协、冯军、吴德星：《国家公务员暂行条例讲座》，前言，北京，东方出版社，1993。

时间所有与上述立法有关的著述,包括对港澳台、外国法中与这些方面有关的介绍和研究成果,都统计、列入相应的类别之中。

表 2-6　1989—1995 年行政复议、公务员、国家赔偿和行政处罚论文类统计

	行政复议	公务员	国家赔偿	行政处罚
论文数	84	79	207	163

与表 2-1 和表 2-2 进行对比,我们发现,1989—1995 年间,论文总数为 2 842 篇,有关行政复议、公务员、国家赔偿和行政处罚的论文总数为 533 篇,只占 18.8%。著作类总数为 240 本,有关行政复议、公务员、国家赔偿和行政处罚的著作总数为 100 本,占 41.7%。

这个统计结果很出我们的意料。它说明在这一时期,"立法法学"在促进理论研究方面是发挥了一些作用,但却远远没有我们想象的那么大。因此,我们只能说,"立法法学"作为一种研究范式是一种客观存在,但是,"立法法学主宰"之说似乎还不很牢靠,至少从量上还得不到印证。

毕洪海博士也曾观察到行政法理论发展与"立法法学主宰说"的背离,"九十年代后期的行政法学研究已不再与行政法制建设亦步亦趋,学术自主性和问题意识明显增强。而随着行政法制体系的逐步成熟完善,行政法学研究将不会再有一个明显的中心,学术资源的配置将更加分散化。"[①]的确,因为学者群体的广泛、各自研究兴趣的差异以及仅有少数学者能有机会参与立法等等因素的存在,都会影响到学术研究的领域布局。

但是,把 1989 年之后研究成果的大幅度增加仅仅认为是学者们的一种集体的、不自觉作用的结果,是一种无意识的群体运动的结果,似乎也很难有说服力。在我看来,学术成果的急遽增长,恐怕不能简单地归结为学者群体的人数陡然增加、学者对行政法理论研究的热情骤然上升,它必定有一些更为本质的动因。

或许,这是个很复杂的多方面作用的结果。但是,行政诉讼的实施与发展,案件数量和类型的迅速增加,必然意味着实践问题随之增加,并迫切亟待解决。这自然会刺激和加速行政法与行政诉讼之间业已存在着的互动作用,进而拉动了学术研究的内需,促使其迅速发展与繁荣。因此,行政诉讼法的颁布与实施,在我看来,成为了拉动行政法理论迅速发展的强大力量,这应该是比较根本的原因。

① 参见毕洪海:《转型中的行政法学——二十世纪九十年代以来中国行政法学研究透视》,载罗豪才主编:《行政法论丛》(第七卷),北京,法律出版社,2004。

四、刺激“立法消费”

据应松年教授回忆，“当时我国正准备修改《民事诉讼法（试行）》，那么其第三条第二款的规定该何去何从？为此行政立法研究组于1987年专门开会讨论，当时就有学者提出：既然《民事诉讼法（试行）》的第三条第二款要作修改，我们何不制定一部《行政诉讼法》？而这也正符合陶希晋先生的主张。组长江平教授对此表示赞同，他认为根据他的经验来看，先有程序法，再来制定实体法比较容易，因为有了程序法，在法院对行政案件进行审理的过程中，我们才能对这一方面的法律关系有更深入的了解，才能找到解决这些问题的办法，才会在制定实体法时更有把握。”[①]我们不能不佩服当时制定《行政诉讼法》（1989年）之时立法者们的远见卓识、高瞻远瞩，后来的立法发展与进程果然一步一步地印证了这种预见。

在纪念《行政诉讼法》（1989年）实施十周年之际，很多学者在热情讴歌“民告官”所带来的巨大观念转变的同时，也充分肯定了《行政诉讼法》（1989年）的颁布和实施推动了立法进程，促进了后续的一系列重要法律的出台；并深刻地揭示了《行政诉讼法》（1989年）与立法之间的内在关联与动因。

姜明安教授指出：“行政诉讼法功不可没。因为，败诉的压力迫使行政机关去寻求更多、更完善的法律依据”。[②] 应松年、薛刚凌两位教授也指出：“推动行政法律制度发展的因素有多种，但行政诉讼无疑是其中最重要的影响因素之一。行政诉讼是对行政行为的合法性审查，需要完备的法律规范作为审理的依据。另外，在行政诉讼中，行政管理存在的问题得以直接暴露和显现，从而要求建立相应的法律制度予以解决。”[③]罗豪才教授指出，行政诉讼法推动了行政立法指导思想的更新和行政法律体系的完善。一改过去那种“重权力、轻权利，重管理、轻救济，重实体、轻程序”的倾向，行政立法更加“强调保护公民权利，充分体现了现代法治的平衡精神”；行政管理对立法的需求和我国行政立法体系不完备之间的矛盾日益突出，促使立法机关和行政机关加快制定法律和行政法

① 参见应松年：《中国行政法的回顾与展望》，http://www. chinapublaw. com/xzfxwy/20061174620. htm，访问时间：2008年12月1日。

② 参见杨海燕：《回顾与展望——纪念行政诉讼法颁布10周年座谈会综述》，载《人民司法》，1999（4）。

③ 参见应松年、薛刚凌：《行政诉讼十年回顾——行政诉讼的成就、价值、问题与完善》，载《行政法学研究》，1999（4）。

规、规章的步伐。[①]

从数字上也的确能够证实这一点。从上述对重要立法的统计看,在1989年至2007年的18年间,共出台重要法律11部,平均每两年立法1.2部。立法速度已经相当快了。《行政诉讼法》(1989年)在促进实体立法总量的增加的同时,也促使了对执法依据的检讨,加快了对不适当的规章和规范性文件的清理工作。比如,在《行政诉讼法》(1989年)实施之后的两年内,四川省清理规章和其他规范性文件244件,清理后废止53件,部分修改51件。重庆市对中华人民共和国成立以来至1991年制定的636件规范性文件进行了三次清理,清理后废止283件。湖南省对具体行政行为是否有执法根据进行了检查。该省益阳地区清理具体行政行为433种,停止了没有执法根据的具体行政行为61种。[②]

从理论上分析,我们大致可以说,《行政诉讼法》(1989年)付诸实施,使得法院和行政机关都成为了对法规范的饥渴的"消费者",这种庞大的市场需求必然会刺激立法的大量产出。

首先,就我国行政机关的执法模式看,且不说依法行政必然要求行政机关执法必须要有明确的法律依据,就是在执法考评、错案追究等内部监督压力下,为了有效转移执法人员个人的执法风险,应付行政诉讼,说服法院接受其行政行为的合理性与合法性,也迫切需要明确的法律依据。

其次,我国法院在宪政结构之中的角色,在社会政治生活之中的地位,又决定了不可能像英美国家的法院那样发挥更大的创制规则的作用,使得上述法院对实体立法的依赖愈发严重。可以说,法院通过判例创制规则的空间越小,对成文法的依赖性就越大。法院的合法性审查力度与实体立法的详细程度也成正比,实体立法越清晰,法院的审查能力越强,对行政机关的司法控制效果越佳。这似乎是实行成文法的国家的一种共性现象。[③]

最后,通过诉讼的确能够促进立法与制度的建设与完善。我们可以找到不少这方面的个案作为进一步的佐证。比如,"田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证行政诉讼案"[④]和"刘燕文诉北京大学拒绝颁发博士毕业证书",让"司法的阳光照进了大学校园",让人们再次感受到正当程序的意义,同时也引

---

① 参见罗豪才:《民主与法制建设的一大成果——纪念行政诉讼法颁布十周年》,载《法制日报》,1999-04-02。

② 数据源自,全国人大法律委员会副主任委员顾明于1992年12月25日在第七届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议上做的《关于检查〈中华人民共和国行政诉讼法〉执行情况的汇报》。http://www.law-lib.com/fzdt/newshtml/22/20050727182749.htm,访问时间:2008年12月1日。

③ 德国学界认为,行政诉讼不仅是监督行政的一种形式,而且是国家立法的重要推动力。参见应松年主编:《四国行政法》,201页,北京,中国政法大学出版社,2005。

④ 《最高人民法院公报》,1999(4)。

来了巨大的反响、争议与震动。教育部门和高校被极大震撼的同时，也“悄悄地”进行了制度变革。在2005年3月颁布的《普通高等学校学生管理规定》的奖励与处分中，规定了学校对学生的处分要做到程序正当、证据充分、依据明确、定性准确、处分适当。① 并且要出具处分决定书，送交本人②，作出处分决定之前，还应当听取学生或者其代理人的陈述和申辩。③ 在教育部一些领导的讲话中，我们还发现教育部实际上已经认同了正当程序的原则以及学校是行使公权力主体。④ 之后，各大高校纷纷出台了自己本校的具体规定，就连田永所在的母校也在2005年9月颁布的《北京科技大学学生违纪处理规定（试行）》⑤和《北京科技大学学生校内申诉管理办法（试行）》⑥两个文件中贯彻了正当程序的基本要求。⑦

之所以会发生这一系列的变化，在我看来，深层次的原因还应该从行政法与行政诉讼之间的内在关联上获得解释。由于行政诉讼法的简约化，以及法院通过审判发展行政法规则的能力十分有限，使得大量的行政诉讼问题必须、也只能“遁入”行政法，由实体立法来解决。司法上的大量审查标准必须依赖实体立法。⑧ 这是刺激立法增长的内在机理。当然，这只是从行政诉讼法对实体立法的影响这一单纯视角的解构，促成实体立法的因素可能不只这个，还有很多。

而且，从这种理论观点去检讨，我们还会发现，上述学者只是揭示了一种单向的作用——行政诉讼法对立法的作用，但实际上还应该有反向的作用——行政法对行政诉讼的作用，应该形成双向的作用，一种对流与互动，才是比较符合

① 《普通高等学校学生管理规定》(2005年)第55条。

② 《普通高等学校学生管理规定》(2005年)第58条。

③ 《普通高等学校学生管理规定》(2005年)第56条。

④ 教育部高校学生司司长林蕙青在《普通高等学校学生管理规定》《高等学校学生行为准则》颁布实施新闻发布会上的讲话中，提到“新《规定》贯彻正当程序的原则，规定学校作出涉及学生权益的管理行为时，必须遵守权限、条件、时限以及告知、送达等程序义务……”“学校的管理权是一种公权，法律在赋予学校充分行使自主权的同时，也要将其纳入被管理者和政府的监督之中。”详情见 http://www.moe.gov.cn/edoas/website18/info9725.htm，访问时间：2008年12月1日。

⑤ http://jx.ustb.edu.cn/bencandy.php?fid=81&id=415，访问时间：2008年12月1日。

⑥ http://student.ustb.edu.cn/page/xssw/list.asp?sid=17&id=3455，访问时间：2008年12月1日。

⑦ 参见管君：《法槌下的正当程序》，载《行政法学研究》，2007(5)。

⑧ 当谈到行政审判面临的困难时，最高人民法院副院长李国光也指出：“行政争议往往同改革中出现的新问题交织在一起，呈现出复杂化的趋势，行政审判的难度加大；行政许可、行政征收、行政强制、行政程序等方面的立法滞后于形势发展的要求，使得法院在司法审查和作出裁判时缺乏必要的法律依据；法律规范冲突方面的问题还比较突出。”参见李国光：《成果丰硕 任重道远》，载《人民法院报》，2001-03-29。http://www.chinacourt.org/html/article/200510/10/180451.shtml，访问时间：2008年12月1日。这段话就是一个很好的脚注。因为在我看来，之所以法院忧虑立法滞后，对解决法律规范冲突和新问题感到十分为难、棘手，根本原因还是上述的两点。

上述理论观点的。

五、进一步的认识

1. 对行政法结构体例的再认识

大凡学习行政法的人都知道,德国、法国、日本行政法注重并擅长行政行为(administrative act)类型化,行政行为成为行政法的核心;而英国、澳大利亚、新西兰等国家的行政法却强调并倚重法院对行政法治的推动作用,将行政法构建在司法审查(judicial review)之上。[①]

对行政行为的不断类型化、抽象化与规范化,强调行政行为的适法性特征,实际上是在“从实定法的角度划定该行为之容许性与界限”。[②] 这种学术努力在促进行政法总论繁荣发达的同时,也足以满足行政诉讼上对司法审查标准的“消费需求”,也必然会导致在行政诉讼上的“生产需求”下降、理论研究热情衰减。所以,我们可以说,行政诉讼需求向行政法的外化与转移,构成了德国、法国、日本行政法的一个显著特点。

然而,我们却很难从英国、澳大利亚和新西兰的行政法教科书中找到对行政行为的专门介绍。[③] 对行政行为的合法性边际(包括违法的内涵、程序要求等等)的界定,都是在司法审查之中完成的。司法审查上的理论需求,得靠“自己动手、丰衣足食”。这种自给自足,也同样会大幅度降低对行政法前端的生产需求。所以,在普通法国家的行政法中,前端就只剩下了行政组织、委任立法等寥

---

① Roger Warren Evans 就说过:“英国行政法是围绕着对公共机构行为造成的侵害给予正式救济为核心建立起来的,这也赋予了它与众不同的英国品味。”(English administrative law is centred on the formal redress of grievances caused by the conduct of public authorities, and that gives it a distinctive English flavour.) Cf. Roger Warren Evans, “*French and German Administrative Law: with Some English Comparisons*”(1965) 14 *International and Comparative Law Quarterly* 1104. 英国有一个相当不错的行政法教材——Carl Emery 的《行政法:对行政行为的法律挑战》(*Administrative Law: Legal Challenges to Official Action*, London. Sweet & Maxwell, 1999),它基本上就是按照司法审查来布局的。澳大利亚 Peter Cane 的《行政法导论》(*An Introduction to Administrative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1996),是澳大利亚极其重要的一本行政法教科书,在英文文献中引用率相当高。从其体例结构看,实际上就是一本司法审查的教科书。新西兰 G. D. S. Taylor 的著作也很重要,有一版和一版增补两本,书名就叫作《司法审查:新西兰的视角》(*Judicial Review: A New Zealand Perspective*, Butterworths, 1991; and *Judicial Review: A New Zealand Perspective* (Supplement to the First Edition), Butterworths, 1997)。

② 参见高秦伟:《行政法学方法论的回顾与反思》,载《浙江学刊》,2005(6)。

③ 应松年老师在他主编的《四国行政法》(中国政法大学出版社 2005 年版)中做过一个尝试,就是“用中国人的眼光、思维模式和语言习惯,根据中国人的需要,综合众多资料和专著来撰写、介绍,由中国人写给中国人看”,所以,在对英国、美国行政法的介绍中,我们看到了专章(节)的“行政行为(法)”。

寥无几的内容。行政法问题集中在行政诉讼上解决，成为了普通法国家行政法最突出的特征。

行政法结构体例上的迥异显而易见，但这是本质性的吗？我们可以选取两个样本进行比对：一个是英国学者克莱格的《行政法》；另外一个是德国学者毛雷尔的《行政法学总论》。我们发现，前者是在“司法审查”(judicial review)之下，不厌其烦地介绍了委任立法(delegated legislation)与规章制定(rule making)，包括听证、无偏见和独立在内的自然正义，违法(illegality)、不合理(irrationality)与比例(proportionality)，以及无效(invalidity)等等。[①] 而所有这些，在毛雷尔的著作中却是在行政行为、行政活动和行政程序中阐述的。[②] 从关注的内容看，它们目标一致，都在努力回应和解答实体上和行政审判上所关注的问题。

对(前端)实体和(后端)审判问题的一并关注，这说明了，无论它们是处于行政法的前端还是后端，都会很自然地瞻前顾后，不断自觉地与其相对应的结构发生着关系，眉目传情、藕断丝连。在对称的结构之间出现了“一肩挑”(完全集中在一端，而不是对称分布)，这却丝毫不妨碍问题的实际解决。因此，在我看来，大陆法和普通法国家在行政法结构上的上述差异就不是本质性的，而只是一种形式，只不过是“涌入前端”还是“涌入后端”之差别。

2. *在方法论上的斩获*

在以往的研究中，我们会把行政诉讼(只)看作一种诉讼程序，从与民事诉讼、刑事诉讼的比较之中，获得对行政诉讼制度本身的理解。这种横向的比较分析方法本也无可厚非，因为，从历史沿革看，行政诉讼的确脱胎于民事诉讼。我国行政诉讼就是萌芽于《民事诉讼法》(1982 年试行)第 3 条第 2 款之规定。[③] 而且，这种研究方法也确实能够发现和阐释一些问题。但它却无法积攒行政诉讼自己的话语，更无法解释行政诉讼特有的现象，比如，为什么没有规定反诉？然而，行政诉讼之所以是行政诉讼，而不是别的，就是由众多的特有现象和规则形成的。所以，纯粹从诉讼法之间的比较中，很难获得对行政诉讼的全面正确的认识。上述研究方法在经历了短暂的辉煌之后也走向了没落、衰退。

如果我们承认，上述所揭示的行政法与行政诉讼、理论与审判之间的密

---

① Cf. P. P. Craig, *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, 2003, contents.

② 参见[德]哈特穆特·毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，目录，北京，法律出版社，2000。

③ 《民事诉讼法》(1982 年试行)第 3 条第 2 款规定：“法律规定由人民法院审理的行政案件，适用本法。”

切内在关系，表现出的是一种共性，那么，行政诉讼上的问题，以及行政诉讼的变革，很大程度上就必须从行政法本身来获得理解，来寻找制度渊源和理论依据。

反过来，我们也可以这样理解，对行政法实体问题的研究，如果缺乏有意识的从诉讼角度的探寻与追问，也会成为无根之木、无源之水。从某种程度上讲，我们可以认为，行政法理论是为诉讼服务的，对行政法的每一环节、每一部分，我们都必须考察其诉讼上的意义和价值。①

因此，努力发现结构的对称性，并流连往返于其中，或许更能够发现一些问题，更善于发现一些问题，能够构建出更加精致的理论结构。其实，这种研究方法早已蕴涵在行政法的研究当中，只是在不少学人那里都表现为一种潜意识，还没有变成一种自觉。比如，很多学者在研究一般行政法问题时，必定要在论文的最后来讨论一下有关的行政救济问题。或许，他们是感到行政行为、行政程序和行政救济是一般行政法研究的“三步曲”，如果最后不谈谈救济，似乎论文不够完满，所以，要有这么一个“收势”。但遗憾的是，他们终究没能有意识地再向前跨出一步。

那么，这种研究方法和进路有意义吗？如何发现结构的对称性？我们怎样依据这种分析框架来解决实践的或者理论的问题呢？举一个例子。行政处罚上的简易程序意在提高行政效率、方便百姓、降低执法成本，因此，在实体上或程序上，对违法事实的认定以及执法程序的履行，应该通过执法文书的格式化、规范化以及要求被处罚人签字来加以证实和完成。简易程序的执行是否合法，以被处罚人当场没有异议为衡量判断标准。只要被处罚人当场没有异议，就表明其认可违法事实清楚、证据确凿、执法程序合法。如果当事人事后反悔而诉诸法院，在法庭上，行政机关只要出具有当事人签字的处罚决定书，就完成了举证，然后，应当由当事人就事实不存在或者程序违法来举证。这是诉讼上的必然的、合乎逻辑的回应。

但很有意思的是，我们却发现，有的法院不区分一般行政程序和简易程序上的纷争，审查方法一以贯之，用相同的尺度要求被告行政机关负同样程度的举证责任。然而，简易程序之中对很多证据要求的合法性简化，比如，不需要做当事人陈述笔录；在当事人没有异议的情况下，不需要再收集证人证言等，使得

---

① 我们对于“法院是最后说理的地方”“没有救济的权利，就不是权利”“司法救济最终原则”等等之类的说法，可以说是耳熟能详。但我们却总爱局限在司法救济这个狭小的空间内来理解，却很少从更加宏观、纵深的视角进一步较真，追问一下何以如此？其实，这些话何尝又不是贯穿行政法与行政诉讼之间的一根红线呢？

被告在诉讼中要对有关事实的存在另外进行举证是相当困难的。[①] 这种简单划一的司法审查方法所产生的制度性效应，必然会迫使行政机关采取更加程式化的、与一般程序同构化的程序，以便解决日后诉讼上的困境。如此一来，一般程序与简易程序趋同了，审判与立法背道而驰了。

问题出在什么地方？从现行规定看，上述法院的审理是没有问题的。《行政诉讼法》(1989 年)第 32 条就明确规定："被告对作出的具体行政行为负有举证责任"，让被告举证，何错之有？简易程序的特殊性要求被理直气壮地掩盖了。《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》(2002 年 6 月 4 日最高人民法院审判委员会第 1224 次会议通过，法释〔2002〕21 号)中也没有针对简易程序作出相应的、例外的证据认定规则，[②]采取整齐划一的认定规则有何不妥？

因此，在我看来，行政审判的不合理，实际上源自行政诉讼的制度设计没有针对性，对简易程序的特殊性关注不够。更进一步说，是对称性的结构却没有对称，对行政法与行政诉讼之间的内在关系关注和揭示得不够。那么，我们怎么去改革呢？很顺理成章地要到行政法上的简易程序原理上去找、去发掘。也就是，迎合上述简易程序设计理念，疏通简易程序与诉讼之间的对应关系，实施相应的行政诉讼制度改革，形成相应的特别规则，势在必行。

3. 重新认识现代行政法面临的挑战

在上述"双向交流"的流连往返过程中，我们不难发现，还有相当部分不通畅，缺乏勾连，有待疏通和解决。我们可以随手举出一个例子，比如，当我们观察行政法基本原则和《行政诉讼法》(1989 年)第 54 条规定的审查标准之间的勾连时，发现流行于英国等普通法国家和欧共体的合法预期(legitimate expectation)保护原则迄今尚未在第 54 条上体现出相应的审查标准，比例原则(principle of proportionality)"遁入"了滥用职权之中，只是阐述合理性原则的一个内涵或方法，其本身还缺失独立的、与合理性审查相区别的品质。

因此，我们首先面临的一个艰巨任务，也是现代行政法面临的一个重大任务，就是怎样尽快地搭建起这个工程巨大、费时耗力的对称性结构。但是，我们

---

① 有一个案子很说明问题。某司机驾车右转弯，未打转向灯，被交警处以罚款。司机当场没有异议，事后却诉诸法院。法院要求被告举证。被告出具了拍摄到的违章照片，证实违章车辆当时的确没有打转向灯。但原告及其律师在法庭上辩解，转向灯是一闪一灭的，交警抓拍到的恰好是灯灭一瞬间。法官以为然，要求被告继续举证。被告哑口无言。那么，是不是因此认定违章事实不存在呢？

② 2005 年，在公安部法制局酝酿草拟的《公安机关办理行政案件证据规定》中就曾试图规定："依法适用简易程序的行政处罚案件，以当场处罚决定书所认定的内容作为认定案件事实的证据。但有证据证明当事人作虚假陈述，或者执法人员滥用职权的除外。""除当事人的陈述和执法人员的指认外，因客观原因无法收集到其他证据的，当事人的陈述与执法人员的指认相一致的，可以作为认定案件事实的证据。"

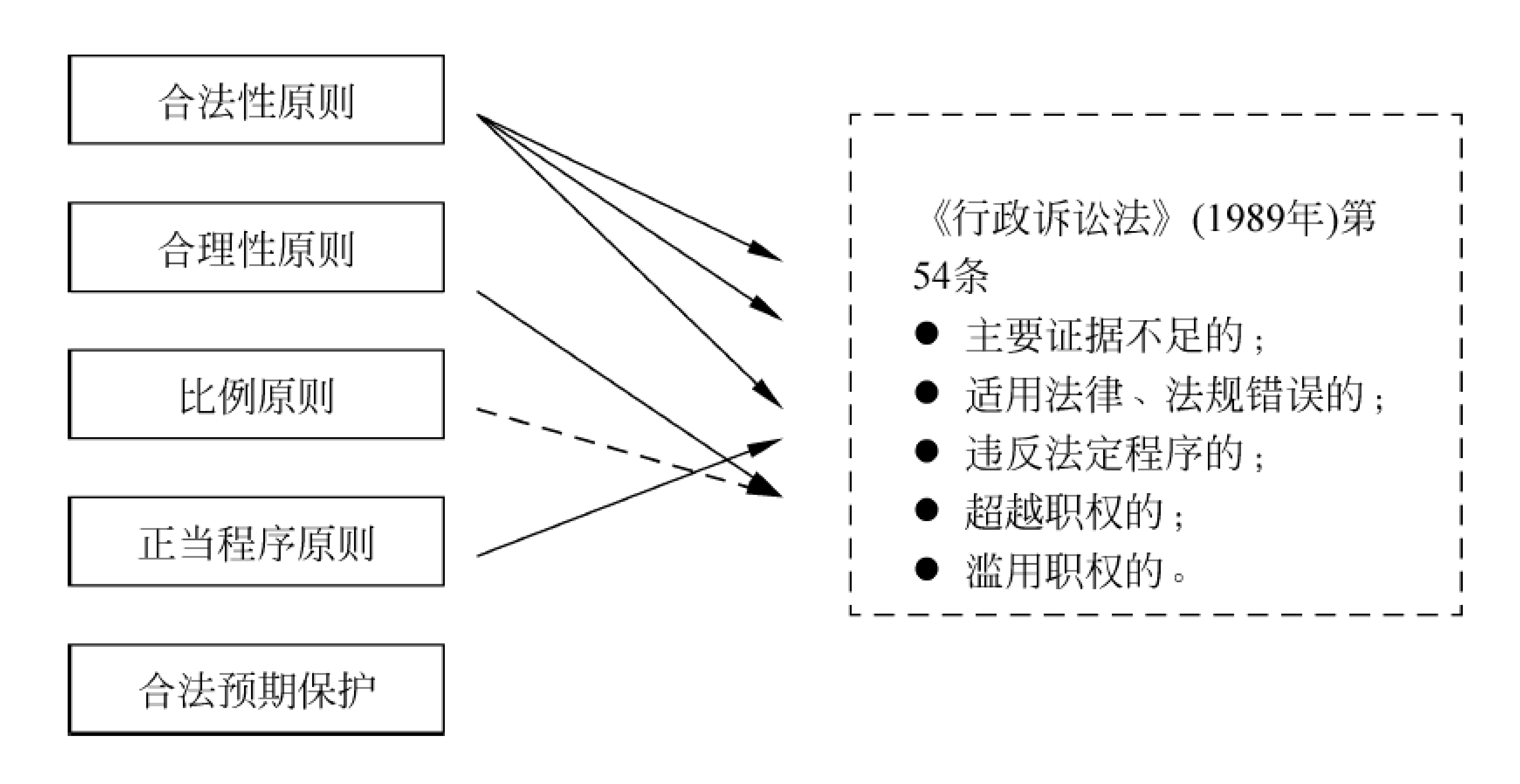


图 2-6 行政法基本原则与行政诉讼的审查标准之间的对应关系

很快就发现,这个搭建工作很多还必须是在传统体系之外而非之内构建,必须在动态而非静态之中完成。这在原来的难度上又增加了系数。

可以说,现代行政迅速扩张之后,不断给行政法带来了诸多新问题,比如,信息披露、特许契约、强制责任险、民营化、行政规制、公共治理等等。面对着一个个我们还不太熟悉的纠纷,很多行政机关、法院、社会公众、媒体和学者们习惯把目光投向了传统,希望在传统的行政救济路径中寻求解决纠纷。但这种努力注定要失败,会碰得头破血流。这是为什么呢?因为,很多问题实际上已经完全超越了传统的对称性结构,要求我们去构建完全崭新的对称关系。然而,我们对不断发展、急遽变化的实体和诉讼问题却还比较陌生、没有十足把握。

比如,第三部门(the third sector)的勃兴会给行政法带来了革命性的震动,在传统的"法律、法规授权组织"理论框架下,我们已经无法圆满地认识与解释这种现象。[①] 目前,行政法的发展态势也已显示出人们开始从公共治理理论上寻找"灵丹妙药",开始不断对行业协会、高等院校以及基层自治组织等的公共治理行为倾注理论关怀。但是,迄今,我们对什么是公共治理?其与行政法律关系有怎样的区别?却语焉不详、参悟不透。这种实体问题上的理论欠成熟自然会影响到行政救济的相应构筑。

正是由于在前端对实体问题的认识不清晰,理论不能有所突破,后端的救济就难免困惑不解。在用"旧瓶"装"新酒"时,用传统的审查标准与尺度来衡量,就会不断被以下问题所困扰,比如,引起争议的关系是行政法律关系吗?有法律法规授权吗?但是,公共治理领域中,很多蕴涵着公共利益、意在形成公共秩序的措施与行为根本没有法律依据,是公共治理自然生成的结果;或者依据

① 参见余凌云:《第三部门的勃兴对行政法意味着什么?》,载《浙江学刊》,2007(2)。

模糊，最多只能从概括条款甚至组织职责规定之中牵强附会地引申出来。这给法院的识别造成了巨大的困难，给法院的裁判带来了巨大的风险。所以，在我看来，目前，大量的第三部门在公共治理当中产生的纠纷无法进入行政救济，问题的症结就在于此。假如前端行政法理论发展没有质的飞越，我们也很难期望能够在后端的救济上有质的突破。

因此，在我看来，现代行政法面临的挑战，实际上是“双向变动”造成的。我们在行政法研究和革新上遇到的巨大困难，也是“双向变动”造成的。一方面，是传统行政法建立起来的行政行为理论已经完全无法涵盖现代政府的所有活动，进而无法为法官提供判断涉案行为是否应当纳入行政诉讼解决以及如何审查的标准、依据与进路。另一方面，是建立在行政行为理论基础之上的传统行政诉讼制度也随之受到激烈的冲击、批判与挑战。行政诉讼结构的张力也明显不足，无法有效呼应行政法前端的迅猛变化。

要解决现代行政法面临的问题，就必须要有瞻前顾后的视野，做到首尾呼应。要在解决上述新行政现象的诉讼救济的同时，构筑相应的行政法理论，彼此呼应、相得益彰。但是，这种理论体系的立体建构，导致了研究视野过于宏大，加深了理论研究的难度。要实现在行政法理论与实践上的真正突破，确实比较困难。

但这并不意味着我们必定将茫然不知所措，“狗咬刺猬，无从下手”。由于行政诉讼与行政法存在着前述的内在牵连关系，以及我们业已形成、习以为常的“遁入实体”的研究路数，我们必然要集中力量在行政法上寻求突破。在我看来，如何重构行政诉讼制度，很大程度上不取决于自身的变革，必须以行政法的成功重构为前提。

或许，也有学者会提出质疑，面对着日益涌现的新类型诉讼，通过行政诉讼自身的调整也能够解决问题，否则，如何解释近年来法院通过受案范围和行政审判上的种种努力与改革所取得的成效？如何理解法院能够通过判案来发展法律？我不否认，在行政诉讼结构之中的适度伸缩是能够解决一些前端出现的问题，但只要行政诉讼上的实体性审查标准、依据和进路必须依赖于行政法，这就决定了后端对问题的解决能力是极其有限的，决定了后端对前端的依赖性，甚至是一种依附性。

六、结　　论

采用统计的研究方法，对一个看似定论的观点进行追问，使我们发现了更有意义的理论问题——在行政法结构体系之中，实体与诉讼之间原本存在着内

在的对称。一方面,它使我们从理论层面解释清楚了为什么会有“剪刀差”现象,让人对“行政诉讼法是行政法发展的一个‘分水岭’”这样的说法更加信服;另一方面,也从方法论角度促使我们再次认真思考和对待行政法的结构体系,尤其是其中的阡陌交错关系。

或许,在很多人看来,这样的研究获得的认识是片面的,是有局限性的。对行政法与行政诉讼之间关系的观察还可以有其他一些视角,比如,从行政权与公民权之间的关系进行观察。我也决不否认,对这个现象要得出全面的影像,必须综合地去看。但是,在我看来,从诸多关系之中剥离出一种直线性的关系,也是必要的。这能够使我们对行政法和行政诉讼的认识有新的感悟、启迪和升华。就像“盲人摸象”,哪怕是片面的认识,也能够为全面认识提供基础。就像数理研究,每次只观察一对变量,也能够不断接近真理。

当我们把纷繁复杂、五光十色的外在诸多现象和光环剥离、简约化之后,再进行观察、透视与思考,我们会发现行政法与行政诉讼之间存在着异常紧密的内在联系,是非严格的、非一一对应的对称,一种模块式的粗犷对称。正是透过这种模糊意义上的对称性与关联性,我们对行政法结构与体系获得了一个新的认识。最重要的是,我们变得更加觉悟,将会更加有意识地强化原本已存在着的这种对称性与关联性,对现状做批判性思考,努力推进行政立法、司法与实践,最终构建一个和谐、系统和互动的行政法体系。

徜徉在经验与方法之中*
——对行政法案例研究方法的思考

目　　次

一、引　　言

Justice Scalia 把上行政法课描绘得异常“恐怖”，他说：“行政法可不是给胆小鬼预备的，所以，你得紧靠椅背，攥着椅把，忍受着相当枯燥的讲座。”

* 本文的研究获得了 2007 年教育部“新世纪优秀人才支持计划”资助。也是我主持的清华大学“985 工程”二期本科教学面上项目“行政法案例研究方法与分析”的主要阶段性成果。在论文的写作过程中，荷兰 Utrecht 大学的 Tom Zwart 教授让他的助手帮我收集了大量的英文资料，韩大元教授也提供了一些很有价值的材料，在与杨小军教授的探讨中也颇受启发。清华大学法学院管君同学帮助我收集了一些资料。在此一并致谢。本文的主要内容曾以“对行政法案例研究方法的思考”为标题发表在《浙江学刊》，2008(6)。

(Administrative law is not for sissies—so you should have to lean back, clutch the sides of your chairs, and steel yourselves for a pretty dull lecture.)[①]这或许是极度夸张的描述。课堂教学的成功与否,也不完全取决于讲授得是否生动活泼、妙趣横生,而决定于讲授内容的深邃,富有思想性、启发性。满堂欢笑,不意味着满载而归。

改革开放三十年来,随着政府依法行政的不断深入,行政法因其实用而日益成为一门"显学"。在法学院的讲堂上,行政法学也越来越受到学生们的欢迎。在有的院校,行政法课程因为生动、精致和有特色,被选入地方和国家精品课之列。从经验上看,这离不开案例教学的成功融入,让理论更加精彩。比如,马怀德教授主持的国家精品课程《行政法与行政诉讼法》,在讲授方式上特别提到"案例分析法(经典案例和一般案例)","另外还有增加模拟法庭、行政法判例研究等实践性课程"作为辅助。[②] 案例教学已经成为行政法课程设计和实施的一个必要的、重要的辅助手段。但"辅助"绝不意味着不重要。"配角"也能出彩,也能丝毫不逊色于"主角"。案例分析决不应该是调味品、是"花瓶",它可以很有品位,精巧雅致。

近年来,在行政法学者群中,对最高人民法院公报等官方刊载的权威性案例、对媒体热炒的争议性案件的个案研究热情也日益高涨。在这种趣味转变的背后,实际上正在悄悄地发生着一场研究方法的革命。我们不再崇尚抽象的、纯逻辑的推演,而是更加关注实践的发生。我们感兴趣的是实践上的真问题,而不是理论上可以成立的问题。渐渐地,对待一些提问,我们也会像西方学者那样坦然、从容,甚至有些悠闲地说,因为"没有发生这类案件","我们还得等待这方面的案件发生",所以,我们只能在理论上语焉不详。更为深远的,在我看来,这种趣味的改变,恐怕会成为我们迈向部门行政法、探寻中国特色的行政法的一个重要契机与起点。

对于当下的案例分析研究状况,王利明教授有如下判断——"目前我国有各种各样的案例分析,而每一个都是按照自己的学术背景、思维模式去进行案例分析,我们欠缺一种规范的分析方法。"[③]韩大元教授也有类似的感叹——"可能每个人都有自己的思维方式,这些方式方法未必不能有效地分析宪法案例,

---

① Cf. William Funk: "*My Ideal 'Casebook' or What's Wrong with Administrative Law Legal Education and How to Fix It, in a Nutshell*"(2000, winter) *Brandeis Law Journal* 247.

② 2007 年度全国高等学校教学精品课程公示(本科),http://www.jpkcnet.com/Spectacle2007/ShowSpectacle/Read2007.aspx? ID=5765,访问时间:2008 年 10 月 1 日。

③ 参见王利明:《民法案例分析的基本方法探讨》,http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp? id=13429,访问时间:2008 年 10 月 1 日。

但是如果没有一套规范的分析方法，就缺乏方法论上的统一性，以至于在讨论问题时出现各说各的现象。同时，每个人各自采纳自我设计的方式就不能形成正确的思维。很多人都是按照自己的学术背景、思维模式去进行分析，欠缺一种规范的分析方法。”[①]那么，分析方法上的规范是什么样的呢？我们谈规范，究竟是在什么层面上有意义呢？是在法律职业的思维训练上有意义呢，还是在学术对话上有意义？我国行政法发展迄今，也实在有必要梳理、总结在案例研究方法上的经验。

这种总结，首先要关注的是行政法学人的经验，尽管这些经验极少被凝练集中到作品中，更多的是潜藏在行政法的学术论著之中，需要我们探赜索隐。其次，当然还可以建立在比较援用上。目前对案例研究方法的关注与阐述，民法学者的成果相对丰硕，见解也比较精到。把它放到行政法情境下进行考量，我们定会有所收获。我们甚至可以把眼界放得更加宽阔些，因为案例研究“被广泛用于社会科学领域——包括传统学科（心理学、社会学、政治学、人类学、史学及经济学）和面向实践的学科领域，例如城市规划、公共管理、公共政策、管理科学、社会救济及教育等等”，[②]参考适用于其他社会科学领域的案例研究方法，我们也可以从中发现一些可资借鉴之处。最后，或许，在本章中，我更想做的事，是总结我自己以往的案例研究经验，宣泄自己对上述方法的体悟，试图体验着一种徜徉在经验与方法之间的畅快，尽管其中谬误不少。

在本章中，我将首先对当下市面流行的案例教材（包括可以用于案例教学的其他文献）作一个初步的统计分析，发现其基本样式。其次，我会讨论一下作为检材的案例，并介绍在我心目中什么样的案例才是理想的分析对象。再次，我将逐一评价几种主流的研究方法。根据我自己的经验与观察，我发现我们现在流行的其实是多元化分析模式。最后，我会简单地探讨一下案例研究与案例教学之间的转化问题，思考如何组织案例教学。而且，我发觉，无论是兰德尔模式（Langdell model）还是法律诊所式教育（clinical legal education）都与我们所偏好的案例研究模式以及法学院的功能定位不完全契合。

毫无疑问，案例的分析是一个事实认定和法律解释的过程，案例研究也必然会涉及大量的有关法律解释技术问题，或者法学方法论。这是一个宏大的话题，也是一个巨大的富有争议性的漩涡（比如，法律方法和法学方法是否有区

① 参见韩大元：《中国宪法实践中的宪法问题与宪法事例》，http://www.fatianxia.cn/paper_list.asp? id=18826，访问时间：2008年10月1日。

② 参见罗伯特·K.殷：《案例研究方法的应用》，周海涛等译，11页，重庆，重庆大学出版社，2004。

别?),而且有关研究成果可谓汗牛充栋,其中不乏杰出者。[1] 所以,本文有意回避了对这些技术的描述和研究,我只探讨案例分析的范式,也就是结构性的分析层次与方法。

另外,我也注意到,学生们欢迎案例教学,还有提高应试能力的动机。因为现在的行政法考试之中逐渐加入了案例分析试题,特别是每年的司法考试中充斥着大量的案例分析题,这大大提高了应试的难度系数,也刺激了学生们的学习热情。无怪乎,王泽鉴教授会专门撰写一本请求权基础分析方法的著作,不厌其烦地教授学生对案例的解题技巧;叶俊荣教授在其著作中也不敢懈怠,也花费了很大的篇幅。但这却不是我感兴趣的,我丝毫也不想把笔墨泼洒在解题技巧上,尽管我书中的分析会给学生某些训练与启迪。

二、对案例文献的检视

普通法国家在行政法上极其重视案例教材,有不少行政法教科书实际上就是一本由众多重要(或经典)的案例及其评价裁剪、组合而成的书。[2] 当然,正像很多人说的,这与其崇尚判例法以及与法律人才培养定位有关。William Funk 也说:"阅读案件是我们教学的一贯准则。有的人可能把它提升为一项原则。学生应该从一手材料中学习原理。"(reading cases is the way we have always taught doctrine. Some may elevate it to a principle; students should learn the canon from the original materials.)"案例教材就是让学生阅读司法意见,并从这些意见当中攫取法律,以此来教授法律的书。"(a casebook is a book that teaches law by having students read judicial opinions and distill the law from those opinions.)[3]

---

① 林来梵教授在其博客中还专门罗列了这方面的论著,有 18 本之多。而且,从有关回复看,似乎还没有列全。http://linlaifan.fyfz.cn/blog/linlaifan/index.aspx? blogid=133713,访问时间:2008 年 10 月 1 日。

② 我从清华法学院的图书馆里随手就查到了以下教科书,比如,Charles H. Koch, *Administrative law: cases and materials*, Charlottesville, Va.: Michie, 1996. William F. Funk, Richard H. Seamon, *Administrative law: examples and explanations*, CITIC Publishing House: Aspen Publishers, Inc., 2003. Bernard Schwartz, Roberto L. Corrada, *Administrative law: a casebook*, J. Robert Brown, Jr. New York, NY: Aspen Publishers, 2006. Ronald A. Cass, Colin S. Diver, Jack M. Beermann, *Administrative law: cases and materials*, Boston: Aspen Law & Business, A Division of Aspen Publishers, Inc., 1998. 就连引介到中国的,无论是翻译还是直接的原版,也多是如此,比如,史蒂文·J.卡恩:《行政法:原理与案例》,张梦中、曾二秀、蔡立辉等译,广州,中山大学出版社 2004 年版。

③ Cf. William Funk: "*My Ideal 'Casebook' or What's Wrong with Administrative Law Legal Education and How to Fix It, in a Nutshell*"(2000, winter) *Brandeis Law Journal* 249.

但是,在中国,案例文献始终处于辅助性的、参考性的,行政法教科书注重的是对理论的梳理、归纳和解说。一个很明显的现象就是,绝大多数行政法教科书都基本上不引介案件,也没有案件索引。案例教材一般都是作为教科书的配套教材而另外编辑的。近年来,受英美国家的影响,有些学者也开始尝试在行政法教科书中引入案例分析。比如,叶必丰教授在其新近出版的教科书中试图用“法官的话来说行政法”,“尝试用法官的判词来解释和介绍我国的行政法和行政诉讼法”,认为这是为了“增强中国元素,缩短理论与实践的距离,形成一种尊重裁判的习惯和法学研究的新方法”。① 但是,上述主流格局仍然没有被打破,我们仍然要在教科书之外去寻找适合的案例教材(文献)。

1. 可作案例教材的文献状况

我们以刘莘主编的《行政法图书和论文索引总汇(1978—2004)》(收入《行政法治文苑》,中国政法大学出版社 2005 年版)为统计依据,从 1989 年至 2004 年,行政法案例教材(教程)以及可用于教学的案例汇编或者评析等,大概有 62 本(见表 3-1)。也就是说,在短短的十五年间,平均每年出版 4 本之多。

当然,可以用于教学的案例研究文献还有很多形态,比如学者热衷的个案研究,以及近年来颇为时尚的专题性的案例研究。这些都没有统计在内。

表 3-1　行政法案件教材(教程)和可作为案例教学的文献

时　间	作　　者	书　　名	出　版　社
1989	张焕光、叶必丰	行政诉讼及典型案例探析	劳动人事出版社
	应松年、胡建淼主编	中外行政诉讼案例选评	中国政法大学出版社
1990	彭焰等编	行政复议与行政诉讼案例选析	人民出版社
	本书编写组编	败诉的启示:行政机关败诉百例评述	中国卓越出版社
	董皞等编	行政复议与行政诉讼案例选析	人民出版社
	甘宇生等编	行政诉讼案例选编	中国经济出版社
	钟政、余法编	民与“官”在法律的天平上:行政诉讼案例述评	中国人民公安大学出版社
1991	姜亚行等主编	行政案件套案评析	山西人民教育出版社
1992	刘天兴主编	中国行政法行政诉讼法案例教学案例选编	人民法院出版社
	宋淑文等主编	公民与行政机关行政诉讼案例评析	中国政法大学出版社

① 参见叶必丰:《行政法与行政诉讼法》,前言,北京,高等教育出版社,2007。

续表

时　间	作　　者	书　　名	出　版　社
	汤永寿编著	民告官案评	江苏人民出版社
	最高人民法院行政审判庭、中央人民广播电台法制组编	行政诉讼判解	中国人民公安大学出版社
	王康寒等撰稿	行政赔偿案例选评	中国人民公安大学出版社
1993	本书编写组	中国行政法、行政诉讼法教学案例选编	人民法院出版社
	《行政与人事》编辑部编	行政管理 50 案例	学林出版社
1994	陈海泉等主编	党纪政纪典型案例选析	改革出版社
1995	刘天兴主编	中国行政法、行政诉讼法教学案例选编	人民法院出版社
	林准编	行政案例选编	法律出版社
	刘善春编著	国家赔偿案例评析	中国政法大学出版社
1996	阚学贵等主编	卫生监督执法典型案例评析	中国法制出版社
1997	胡建淼	外国行政法规与案例评析	中国法制出版社
	程祥国等编著	行政案例精选精评	江西高等教育出版社
	柳福华编著	国家赔偿名案点评	人民法院出版社
	林准编	行政案例选编(修订本)	法律出版社
	公安部消防局编著	消防行政复议诉讼案例及评析	中国人民公安大学出版社
1998	柳福华	国家赔偿名案点评	人民法院出版社
	汤鸿沛、江必新编著	国家赔偿典型案例与法律规范	人民法院出版社
1999	张树义主编	行政法教学案例	中国政法大学出版社
	方世荣主编	行政诉讼法案例教程	中国政法大学出版社
	蒋勇编著	典型行政案例评析	法律出版社
	李友信主编	实用法律案例评点(行政卷)	法律出版社
	程永顺主编	专利行政案件判例集	专利文献出版社
	中国法官培训中心、中国人民大学法学院编	中国审判案例要览(经济审判暨行政审判案例卷)	中国人民大学出版社
2000	胡锦光主编	行政法案例分析	中国人民大学出版社
	北京市高级人民法院行政审判庭编	北京行政诉讼案例研究	中国审计出版社
	胡锦光、牛凯主编	以案说法：行政处罚篇	中国人民大学出版社
	最高人民法院应用法学研究所编	人民法院案例选(行政卷：1992—1999 年合订本)	中国法制出版社

续表

时　间	作　　者	书　　名	出　版　社
2001	张树义	行政法与行政诉讼法案例教程	知识产权出版社
	胡锦光主编	以案说法：国家赔偿法篇	中国人民大学出版社
	胡锦光主编	以案说法：行政处罚法篇	中国人民大学出版社
	上海市高级人民法院编写	行政、刑事案例	上海人民出版社
	余凌云主编	交警执法疑难案例评析	中国人民公安大学出版社
2002	张树义、王利明	行政诉讼证据判例与理论分析	法律出版社
	杜强强等编著	行政法案例	中国农业出版社
2003	应松年、王成栋	行政法与行政诉讼法案例教程	中国法制出版社
	吴鹏	行政救济法典型案例	中国人民大学出版社
	深圳市罗湖区人民法院编	行政审判精选案例评析	海天出版社
	李克、宋才发主编	道路交通疑难案例评析	人民法院出版社
	胡锦光	行政救济法典型案例	中国人民大学出版社
	胡锦光、罗杰	行政行为法典型案例	中国人民大学出版社
	马怀德	行政诉讼法学案例教程	专利文献出版社
	张树义	行政法学案例教程	专利文献出版社
2004	杨希锐、吴礼林主编	交通事故处理与索赔案例分析	人民交通出版社
	李凤祥等编著	行政案例诉讼策略与实例点评	湖南出版社
	郑刚	最高人民法院公报案例评析(国家赔偿.行政.执行卷)	民主法制出版社
	国家法官学院、中国人民大学法学院编	中国审判案例要览(行政审判案例卷)	中国人民大学出版社
	曹康泰主编	依法行政典型案例读本	中国法制出版社
	顾大松、孙村中主编	行政诉讼典型案例精析	东南大学出版社
	姜明安、李洪雷主编	行政法与行政诉讼法教学案例	法律出版社
	朱福惠、何鸣主编	行政法案例精解	厦门大学出版社
	马怀德主编	行政法律最新应用与例解	北京大学出版社

那么，就目前的案例文献看，主要有哪些样式呢？我们以清华大学法学院图书馆的藏书为搜索范围，发现馆藏的行政法案例教材(包括可用于案例教学的文献)大致有以下几个类别(见表 3-2)：

表 3-2　类　　别

序号	类　　型	基本特点	代表性文献
1	政府出版物	纯粹是案例汇编,可能有简要的评析,具有官方权威性和案例指导作用	《人民法院案例选》 《中国案例指导》 《最高院公布裁判文书》
2	案例教程	理论＋案例＋练习,与相关教材配套	莫于川主编:《行政法学原理与案例教程》,北京,中国人民大学出版社 2006 年版 姜明安、李洪雷主编:《行政法与行政诉讼法教学案例》,北京,法律出版社 2007 年版
		以案讲理类(按照教材章节选编案例)	李卫刚:《行政法与行政诉讼法案例选评》,北京,对外经济贸易大学出版社 2007 年版
3	普法与实务类	通俗的、面向大众群体的普及性讲解法律	周佑勇:《百姓与政府的交往规则——生活中的行政法》,武汉,武汉大学出版社 2007 年版 曹康泰:《依法行政典型案例读本》,北京,中国法制出版社 2005 年版
4	专题类案例	按照一个行政法专题集中编辑和探讨有关法律问题	武汉大学《行政行为判解丛书》
5	案例专著	带有一定研究性质的案例分析	胡锦光:《中国十大行政法案例评析》,北京,法律出版社 2005 年版 杨小君:《重大行政案例选编》,北京,中国政法大学出版社 2005 年版
6	个人办案经验	个人办案经验的总结	袁裕来:《民告官手记》,北京,中国检察出版社 2006 年版

由于清华大学法学院恢复之后才开始注意积累、馆藏法律图书的原因,我们不可能找到、阅读到所有的行政法案例文献。对于我的研究来讲,也实在没有必要挨个翻阅每一本案例文献。我只是想通过样式来了解和解读其中的研究方法与布局。所以,为避免争论,我不想使用“分类”概念,而是采用了“样式”。因为,只要有一定的特色,就可以称之为一种样式。不同样式之间允许有交叉性特征。

所以,上面表格所列举的类型,我们没有刻意地按照什么标准去严格划分,只是在翻阅的过程中觉察、鉴别出有这些不同的样式,或者说,它们多少有一些与众不同的地方。那么,这些样式是否具有代表性呢?会不会因为图书馆藏书的有限而局限呢?

清华大学法学院虽然重建于 1995 年,历史的隔断使得文献的积累有一些

欠缺，但是，就行政法案例方面的文献而言，开始摸索创新也就是近些年的事。从以上表格中有代表性著作的出版时间大多为 2005 年、2006 年、2007 年也可以得到某种证实。因此，我们检索到的情况大致还是能够说明问题、反映现状的。

从翻阅的情况看，可以说，绝大多数文献“除了在方法与目的上各有不同取向外”，都仅仅只是“不同形式的‘汇编’”。[①] 上述所说的不同样式，也多集中在这种形式意义上。或者说，形式意义大于实质意义。当然，在这个基点上，也研发出一些创新性作品，具有质的区别的品种。大致有：

(1) 在案例研究的理论深度上进一步拓宽。发展到极致时，甚至会把案件引发的一个或若干个法律问题仅仅当作一种“由头”，撇开个案具体纠纷的解决问题。研究的视角会变得异常宽阔，研究的方法也会变得多种多样。这种研究方法是从个案到一般，由具体到抽象，从抽象的层面探讨理论的一般性问题。正是在这点上，我觉得，行政法学者的案例研究又开始皈依社会科学的研究路径。也是在这一点上，我不会像骆梅英博士那样对叶俊荣教授单纯注重规制理论的分析模式推崇备至。[②]

(2) 专题性的研究。案例研究的一个“阿基里斯之踵”(Achilles heel)，就是很可能以偏概全，也无法对行政法理论展开全面的论述。专题性研究是一种对归纳法的有意识的纠偏、校正。它有两种样式：

一是侧重问题总括的研究。通过收罗多个发生在同一行政法理论谱段的案件，但形态有一定差异、揭示问题的层面不同的案件，逐一研究，以便发觉隐藏在其中的一般性规律，比较全面深入地阐释该谱段的行政法理论。比如，围绕着滥用职权，通过收集一些典型案例(像山东省汇德会计师事务所有限公司诉青岛市工商行政管理局工商行政处理案、凯立高速路建设股份有限公司诉中国证监会案、尹建庭不服株洲市教育局限制聘用案)，分析法院在审查此类案件方面的偏好与策略。

二是侧重历史梳理的研究。从法院判决的发展脉络上去梳理、厘清某一理论是如何被法院采纳的过程。比如，通过对田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证行政诉讼案、刘燕文诉北京大学学位评定委员会案等经典案件的分析，考察正当程序是怎么一步一步地走进我国法院的行政判决之中的。

---

① 王志在他的硕士论文《行政法的个案解释及其方法前提》(清华大学法学院，2008 年答辩)中把现有案例书籍分为主要用于教学科研的、主要用于普法的、主要用于考试的，并有上述感受。我也有同感。

② 参见骆梅英：《行政法学的新脸谱——写在读叶俊荣〈行政法案例分析与研究方法〉》，载《行政法论丛》第 9 卷，北京，法律出版社，2006。

但是,在翻阅过程中,以及结合我本人所接触到的文献情况看,我感到,不论是常态还是变革,隐藏其中的,仍然是非常稳固的案例研究的“三步曲”。也就是说,任何种类的案例分析都离不开三个最基本的元素:

第一,是编辑案例,或细或粗,或真实或虚构。

第二,是提炼法律问题,或再现诉讼请求,或提炼研究者自己感兴趣的问题。

第三,是针对这些问题进行评析,或在现有法律框架内探求问题的解决,或夹杂着对法律和理论的批判性思考。

这是一种非常传统的分析“套路”,也是案例分析最基本的程式(公式)。

2. 案例研究(教学)方法的文献状况

关于行政法案例研究方法的著述几乎没有。或许我收集的文献不够充分,我只发现了一本,就是叶俊荣教授的《行政法案例分析与研究方法》(三民书局,1999)。关于行政法案例教学方法方面的著述也不多见,比如,余清华、谢荣国、杜宇的《行政法学案例教学模式构建》(《南昌高专学报》,2005(6))、余清华、龚家林、郭善玲的《行政法学案例教学管见》(《江西金融职工大学学报》2007(5))。

但是,我们却很难仅从这种表象上就轻率地得出学者对案例研究方法或者教学方法不关注,缺乏研究。对案例研究方法殊少理论的归纳,却不等于实践的匮乏。近些年来,我们在个案研究方面出现了不少有分量的成果,也出现了一些颇有创新意味的案例教材,我们很难想象,他们没有恰当地运用分析方法。只不过是,这些方法可能隐匿在大量的关于行政法判例研究(包括个案研究)方面的论文和著作之中,在自觉或不自觉地运用;[①]或者潜藏在具体的行政法教学环节之上,在有计划或随机地运用。

然而,我们又根本不可能到一个个个案之中去探寻,到一篇篇案例分析的作品中去寻觅。典籍浩瀚,要逐一完成,显然不现实。或许我们可以从中遴选一些有代表性的作品,努力发现隐藏在其中的分析方法,积攒行政法自己的话

---

① 比如,赵正群的《人民法院对治安行政案件的审理及其对公民行政诉权的司法保护——梁宝富不服治安行政处罚复议决定案评释》(《行政法学研究》,1993(2))是对最高人民法院公报案件进行研究的较早的论文。后来,围绕着社会关注的一些案件,比如,“田永诉北京科技大学拒绝颁发毕业证、学位证案”“刘燕文诉北京大学学位评定委员会案”,学者们发表了很多个案研究的论文,像湛中乐、李凤英的《刘燕文诉北京大学案:兼论我国高等教育学位制度之完善》(《中外法学》,2000(4))、何海波的《通过判决发展法律:田永案中行政法原则的运用》(罗豪才主编:《行政法论丛》第 3 卷,北京,法律出版社,2000)、沈岿的《制度变迁与法官的规则选择》(《北大法律评论》第 3 卷第 2 辑,北京,法律出版社,2000),等等。另外,还有两本专门研究行政判例的论著,即刘善春、刘德敏的《行政判例的理念、功能和制度分析——关于重视新政判例研究的思考》(《政法论坛》,2001(4))、马怀德的《行政法制建构与判例研究》(北京,中国政法大学出版社,2000)。

语。但下面我的分析，更多的却是凭借着我自己多年来的阅读经历，以及我和一些学者交谈中获得的知识。

三、作为检材的案例

1．什么样的案例？

谈案例分析，首先涉及的必然是研究对象本身，也就是被剖析的案例。这是我们做研究的检材，就像生物实验一样，检材的质量与质地，会直接影响到案例分析的趣味与成效。那么，我们需要挑选什么样的案例呢？

在教学与研究中，我们见到的案例无非两类：一是真实的案件，二是虚构的案件。真实的案件可以是“原汁原味”的，也可以是经过剪裁加工的。虚构的案件（包括仿照的案例）可以是简单明了的直线性思考，也可以是跌宕曲折的复杂考题。

经过咀嚼、人为裁剪或编织的案例，多见于案例教学当中，在案例研究中也时而能够遇见。这类案件通常已经人为的设定了很多定量，所以，能够把错综复杂、变化无穷的社会现象大大的、甚至是生硬的简约化，囫囵装入一项原理要解决的直线式思维当中，变成案件纠纷解决——理论认识之间的“点对点”式的直线性对应。

我也丝毫不想贬损它的价值。因为这样的认识过程，是我们在中学学习物理时就熟知的。我总觉得，我们所从事的研究与自然科学有着极大的相似性。在自然科学研究中，为了化繁为简，可以先设定若干定量，只观察一组变量，从中找出规律。然后，再渐次增加变量，使得研究结论逐渐贴近客观事实。所以，我从来也不小看那些咀嚼过的、运用到课堂教学的案例。但是，随着我们对行政法中的一个个“定律”“定理”熟悉之后，就应该考虑放开变量，回归自然。

但遗憾的是，案例研究（教学）的特定时空限制了我们，我们无法或者也没有有意识地在同一个案件上逐次增加变量，不断引导学生进行深度观察与思考。所以，这种传统的做法招致了犀利的批评——这会让行政法的研习者一旦面对一个真实发生的复杂的案例出现“失语”现象。当前一些学者对“黑板行政法学”的批评，在我看来，问题的实质不在于纯粹概念之争，或者所谓的“空泛议论”，首先是作为讨论问题的物质基础发生了扭曲。假如我们面对的案件是一个真实的、充满变量的案件，不管从何种角度、采用何种分析方法，我们都会有所斩获，都会获得对客观世界的较为接近的认识。

我所理解的和身体力行的案例分析或者案例教学，应该是“将真实世界引

入课堂(书斋)"的一种方式。所以,我崇尚真实的案件,原汁原味。当下,很多学者在编辑行政法案例文献中也有意识地强化这种理念。比如,由胡锦光教授主编的《中国十大行政法案例评析》(法律出版社,2005)中,就强调"对案情作介绍,要力争将案情的主要内容全面介绍清楚,达到以后寻找该案件的相关材料只需要看本书就行,不需要查阅其他资料。如果有案件的判决书以及其他文书,可以附录"。在这些厚厚资料之下充满着、活跃着诸多变量,让我们能够直观地触摸活生生的实践问题,细心体会实践者的酸甜苦辣,实践的困惑与无奈,解决问题的智慧与技巧。

在法律人眼里,"案例"(case)在法学上必定要与诉讼粘连在一起,它必须被深深地打上诉讼的烙印,沾染上诉讼的味道。在其他社会科学的学者看来,法学上的案例似乎很另类。法律人要想像社会科学学者那样从更广泛意义上谈case,就要颇费心神地去解释什么是"案例"?什么是"判例"?什么是"事例"?什么是"实例"或者"范例"?在我看来,这番劳心费神的概念游戏,在维护传统的同时,也成就了一种偏见。作为一种社会科学,一般意义上的案例为什么就不能在法学上援用呢?

其实,我很赞同社会科学上所说的一般意义的"案例"。"案例是一种描写性的研究文本,通常以叙事的形式呈现,它基于真实的生活情境或事件。案例总是试图比较客观而又多维地承载事件发生的背景、参与者等信息。人们编制案例的明确目的是为了进行充分的讨论,案例力图包含大量的细节和信息,以引发持有不同观点的案例使用者进行主动的分析和解读。这个定义重申了案例的三大要素:(1)案例必须是真实的;(2)案例总是基于仔细而又认真的研究;(3)案例应该能够培养案例使用者形成观点多元化的能力"。①

所以,在本书中,作为讲述的"案例"(case),不都是我们通常意义上所指的进入司法领域、为法院所审理或者判决的案例。还有很多行政实践中的事例,也非常值得我们在案例教学课堂上进行研讨。我所称的案例,实际上包括进入司法审查的案件、未被起诉的案件,以及只能称得上是一种行政事例的"案件"。这也是我在教学中一直坚持的"选材"标准。我希望在讲座过程中,我们的视野可以放得更宽些,攫取的样本可以更广些。少一些条条框框的拘束,多一些自由发挥的空间。

2. 案例从何而得?

案例的来源,在我看来,至少有五个:

---

① 参见文凯瑟林·K.墨西思:《案例、案例教学法与教师专业发展》,许立新、张广武编译,载《世界教育信息》,2004(1、2)。

(1)《最高人民法院公报》《中国案例指导》(最高人民法院和最高人民检察院编辑)、《人民法院案例选》(最高人民法院应用法学研究所编辑)、《中国审判案例要览》(中国高级法官培训中心和中国人民大学法学院联合编辑)以及地方法院编辑的案例。[①] 我也注意到,近年来,不少学者已经开始有意识地利用这些案例资源。

(2) 媒体追踪报道、热炒的一些案例,其中对案件细节、法律争议、双方态度、学者评价等都很可能会有较为详细的介绍。更妙的是,这些案件发生在当前,也容易吸引学生积极参与讨论。

(3) 参加论证的案件。拿到学者面前要求论证的案件,一般是比较复杂的"疑难杂症",或者有意思的案件,其中充满了法律上争执的问题,当事人为了有效说服法院或者有关机构,所以,才请专家"集体会诊"。当然,也有的主要是遇到了行政不正当干预,想借助学者超脱的身份呼吁一下,以增强、提升当事人的抗辩能力。就检材来说,比较理想的自然是前者。

(4) 主动到实践部门收集一些有意思的案件。当然,前提是实践部门是否愿意提供,调研者是否能够浏览所有卷宗,与有关人士访谈,实地考察,是否能够带回有价值的第一手资料。

(5) 从市面上流行的各种行政法案例教材(文献)以及有关个案的研究论文中遴选合适的案例。

让人感到些许遗憾的是,对于上述(1)获取的案例,法院在公布这些案例时,为了法制宣传与自身形象,往往要经过层层筛选、反复推敲和细细咀嚼,润色、甚至修改或者隐匿了一些案件细节或判决表述。而且,由于文本容量的限制和编辑者的指导思想,省略了大量的证据材料和案件细节,使得分析者无法与大量的证据材料进行有效的对话活动。这对于案例研究来讲,是不甚理想的。

正像 Daniel B. Rodriguez 所困恼的那样,案例教材的通弊是材料的残缺不全,"受理上诉的决定中没有与行政记录有关部分的材料,它们也不在行政机关公开的决定主文之中。想要分析规则制定问题嘛,又缺少对规则的制定理由和目的的简明扼要说明,也不知道行政机关在做决定时有过哪些争论。要分析裁决嘛,又拿不到行政法法官或委员会的决定报告,一般也找不到行政法法官做出决定时所见到的所有证据材料。"(Appellate decisions do not contain any pertinent parts of the administrative record. Nor do they consist in the main of

① 张琪教授在其研究中非常详细地梳理了从最高人民法院到地方人民法院编选的各类案例文献,并作了精要的评点。参见张琪:《试论指导性案例的"指导性"》,载《法制与社会发展》,2007(6)。

the reported decisions of the agency. In rulemaking contexts, there is seldom the report of the rule's concise general statement of basis and purpose; nor are there the comments which were before the agency in making the decision. In adjudication contexts, the report of the ALJ or the Board's decision is not available. Nor is there commonly the evidence which was available to the ALJ in rendering its judgment.)[①]因为或许,案件中的一个细节、一个事实,在主审法官看来无关宏旨,但在分析者看来却是至关重要,甚至会改变对整个事实的定性,影响到案件的处理结果。因此,我们编辑起来的行政法案例书,最好是完整保留行政审判的每一个细节(环节)的详细记录,要客观真实。但是,从我的阅读经验看,上述(5)中多半也做不到这一点。

当然,我们很难得到与案件有关的所有材料,并不意味着这类案件是没有价值的,不能成为案例研究的理想样本。William Funk 就说,"案例书不是案例书"(The "Casebook" not be a casebook),"简单地说,案例书是让学生阅读司法意见和从这些意见中汲取法律的书。"(Simply stated, a casebook is a book that teaches law by having students read judicial opinions and distill the law from those opinions.)[②]其实,我们只要得到有法律价值的、足以揭示案件内涵的材料,就能够对案例进行有价值的分析和判断。从这一点上讲,(1)和(5)的案例仍然会是很有价值的,是值得一读的。而且,让人高兴的是,在民间追逐判例法和官方推动指导性案例的浪潮中,法院编辑的案例越来越具有可读性,学者编辑的案例书也越来越有品位。

其实,就我而言,相形之下,我更钟爱后(2)(3)(4)这三种路径得来的案例。媒体炒作的案件,由于记者的跟踪调查、学者的犀利评点和公众的热烈反响,能够让几乎所有的案件细节暴露无遗,对某些细节的权重很可能引发多方激烈的争议(包括法律上的、道德上的或者其他方面的),也能够给我们更多的思考空间和话题。但同时我们也要警惕的是,由于信息来源的鱼龙混杂,由于报道者的个人偏见而产生的报道误差,所以,对某些事实和细节还需要谨慎鉴别。而拿来论证的案件,或者我们亲身到法院调研获取的案件,一般都能够看到有关案件的几乎所有材料或者重要材料。(这也是我参加案件论证时坚持要做到的,特别是要得到官方的所有法律文件(书)材料。)我们对案件的分析过程,从

---

① Cf. Daniel B. Rodriguez, "*Administrative Law and Case Method*" (2000) *Brandeis Law Journal* 303.

② Cf. William Funk: "*My Ideal 'Casebook' or What's Wrong with Administrative Law Legal Education and How to Fix It, in a Nutshell*"(2000, winter) *Brandeis Law Journal* 249.

某种程度上，可以认为是一种亲历主审法官的审查与判决过程。

与其他社会科学的案例研究相比，行政法上的案例研究，似乎简约了许多，也有很大的不同。行政法上的案例研究不是“关于人的研究”，[①]没有与此相关的诸多变量。我们也不需要设计案例，不会面临着不确定的存在，不很讲究实地调查、访谈、直接观察、参与性观察等。在行政法上，案例研究是一种静态研究。作为分析对象的案例，其基本事实原则上是一个定量。也可能存在着争议事实，但所有的可能引发争议的事实或者细节也都是定量。更确切的说，行政法上的案例分析中，有关事实的证据是确定的、非开放性的，是在行政执法或审判活动中已经穷尽了的，一般都不需要我们亲自去调查核实。教室和书斋的空间，也限定了我们不可能对事实做进一步的调查取证。分析者的任务不是继续发现、收集证据，而是对现有证据，或者相互冲突的证据进行分析、判断、采信和运用。

但这并不意味着静态研究是没有难度的。由于可能存在着争议事实，存在着证据上的冲突与矛盾，所以，非但不会使案例分析简化，反而会因客观事实的复杂多样性，使得诸多法律关系、法律规范交织在一起，引发多种冲突，使得解决方案的选择变得异常困难，会引起诸多争议，甚至让这种选择成为多中心的决策。所有这些无疑会使得案例分析的难度系数加大。

四、分析方法

在追逐法学研究方法论的热潮中，相对于行政法学者，民法、刑法、宪法等学者在案例研究方法方面有比较多的建树。尤其是民法学者所擅长运用的法律关系分析方法和请求权基础分析方法，都是涉及结构性的解释方法，也有很别致精巧的解释结构。从法的一般性角度看，这些分析方法对于行政法案例研究也应该有适用的余地和可能，至少不乏启迪作用。做类比的介绍或许是有益的，而且，我们也可以此为观察视角，去发现行政法案例研究中类似方法的运用状况。

1. 法律关系分析法

所谓法律关系分析的方法，是指通过理顺不同的法律关系，确定其要素及变动情况，从而全面地把握案件的性质和当事人的权利义务关系，并在此基础上通过逻辑三段论的适用以准确适用法律，做出正确的判决的一种案例分

① 参见罗伯特·K. 殷：《案例研究方法的应用》，周海涛等译，101页，重庆，重庆大学出版社，2004。

析方法。①

这种研究方法的基本步骤与结构是(如图 3-1),首先,要将案件事实的分析和法律的适用分开。在认定事实的基础上,按照个案中历史发展的脉络,认真鉴别和详细梳理出案件中存在着的几种法律关系,特别是要把非法律关系剔除出去,把民事法律关系、刑事法律关系与行政法律关系识别出来,并思考它们在解决纠纷上的内在关联、处理次序。其次,按照法律关系的基本结构,分别整理出每一种法律关系从主体、内容到客体等各要素的情形。最后,再思考法院的管辖、诉讼的种类(性质)、解决问题的先后次序、法律的适用问题等等,以解决本案的争议。

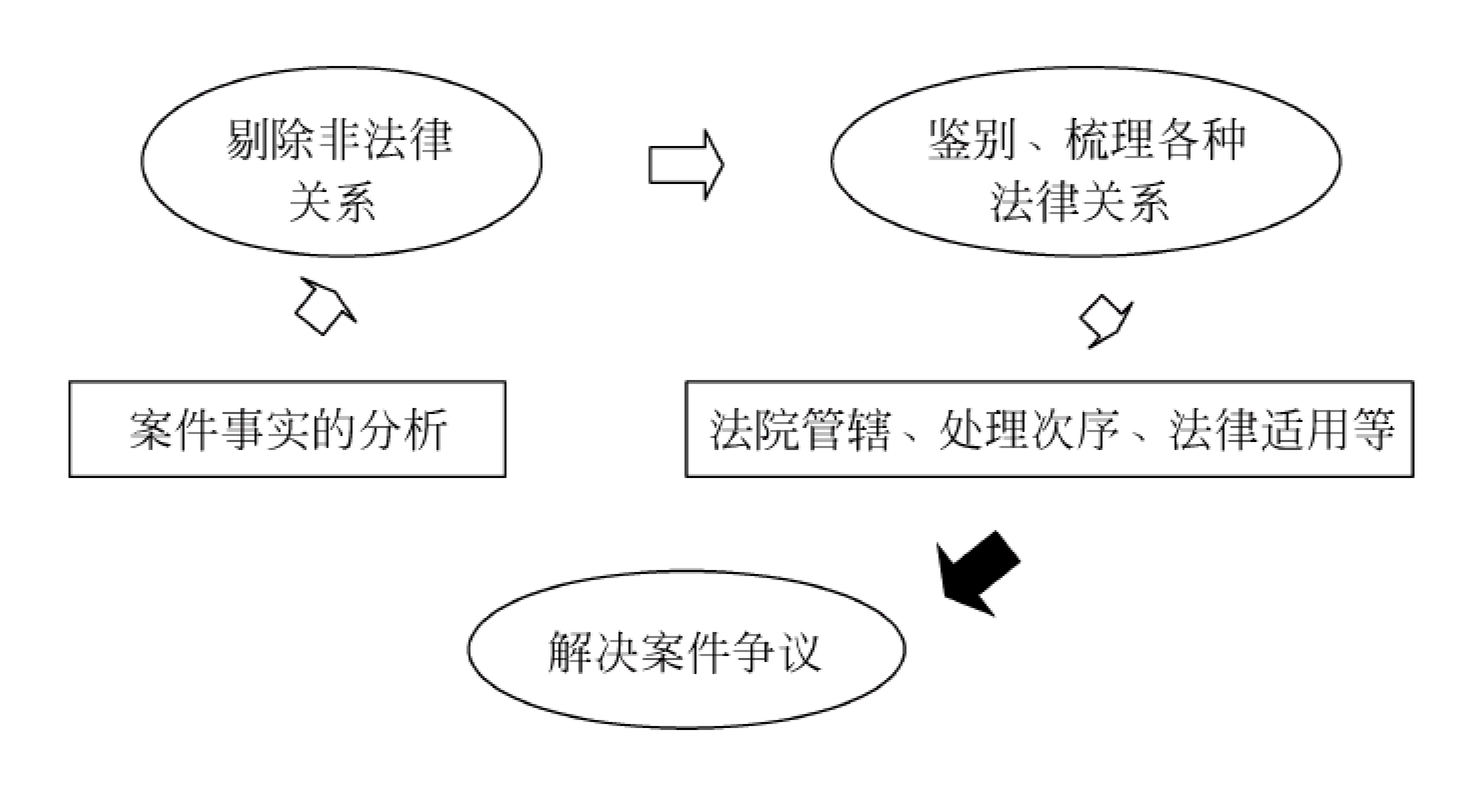


图 3-1　法律关系分析方法模型

着眼于行政法律关系而展开对行政法的研究,是一种行政法研究方法。与行政过程论一样,它们都是针对传统行政行为形式理论之不足的一种修正或反动。但是,从我国行政法案例分析文献看,作为一种案例的研究方法,行政法律关系分析方法较少作为一种主导性技术来加以运用。之所以如此,我猜想:

第一,是因为法律关系分析需要对案件中的行政法律关系和非行政法律关系、各类具体的行政法律关系逐一进行各要素梳理、归类和研究,作业烦琐、工作量极大,而且,很多工作实际上与案件当事人的直接诉求之间距离较远或者关联性不大。

第二,或许,也因为行政法律关系理论在行政法上一直不很受重视,没有成为行政法方法论的主流。在其发源地的德国,也"似未成熟至对通说理论构成'典范转移'效果之程度"。② 赖恒盈博士也感叹:"吾人截至目前所习之行政法

---

① 参见王利明:《民法案例分析的基本方法探讨》,http://www.fatianxia.com/blog_list.asp? id=4658,访问时间:2008 年 10 月 1 日。

② 参见赖恒盈:《行政法律关系论之研究——行政法学方法论评析》,101 页,台北,元照出版有限公司,2003。

学，绝大多数并未以行政法律关系为理论体系之基础，使‘法律关系’停留在文字用语问题，而非‘法思考类型’问题”。[①] 这个判断似乎过于悲观，但从大陆行政法的著述看，行政法律关系的论述在行政法结构中的确有流于形式之嫌，实际功效不彰显。

但这不意味着这种分析方法在案例研究中完全被弃置不用。在涉及混合法律关系的案件中，我们也会比较关注、并仔细梳理案件中涉及的各类法律关系：

（1）案件中存在着混杂难辨的不同性质的法律关系（比如，行政法律关系和民事法律关系），彼此纠缠不清时，必须条分缕析地识别出来，以决定应当依循何种诉讼途径解决案件纠纷。这是行政法律关系分析方法最具价值的地方，因为“排除私法之适用或普通法院之审判权”，[②]本来就是行政法律关系的最基本功用。

例如，白某与其女友在建设银行存款 4 万元，白某让其女友将存折的户主填写为白某的妹妹白茹，其女友却误写为“白芦”。后来，白某与其女友分手。白某持存折到建设银行取钱，因不知存折密码，银行拒绝付款。银行要求白某到派出所开具户籍证明。白某持户口簿、其妹妹的身份证和存折到派出所开具户籍证明，将存款取出。其女友得知后，争辩该款为其所有，遂以建设银行和公安分局为共同被告提起民事诉讼。

该案就不能笼统地以民事诉讼方式解决，因为其中存在着两种不同性质的法律关系：一个是出具户籍证明是否合法，这必须通过行政诉讼来解决。另一个是谁是该款的所有人，这要通过民事诉讼来解决。

（2）混杂的法律关系之间存在着（或者是否存在着）解决顺序问题，需要我们先梳理出各自的关系，并判断它们之间在处理次序上是否存在着互为因果条件。

比较典型的案件就是“焦作房产纠纷案”，本案标的并不大，仅涉及三间旧房，案情也并不太复杂，当事人双方对此三间旧房的产权存在争议，对房管局先后颁发的两张房屋所有权证的合法性存在争议。但却是民事争议与行政争议交织在一起，到底是采取“先民后行”（先民事诉讼、后行政诉讼），还是“先行后民”（先行政诉讼、后民事诉讼），抑或是“行政附带民事”来审判，引起专家学者

---

① 参见赖恒盈：《行政法律关系论之研究——行政法学方法论评析》，4 页，台北，元照出版有限公司，2003。

② 参见赖恒盈：《行政法律关系论之研究——行政法学方法论评析》，4 页，台北，元照出版有限公司，2003。

广泛关注,媒体也多次予以报道。[①]

2. 请求权基础分析法

请求权基础(Anspruchsgrundlage)分析法,也称请求权规范基础(Anspruchsnormengrundlage)分析法、请求权规范基础检索法或归入法、涵摄法(Subsumtionsmethod),就是要努力探寻出支持当事人主张的法律规范。它是以请求权为基础,围绕当事人之间的法律争议,寻找正确的法律规则,并适用之的一种分析方法。在我看来,它是一种"法官"视角的分析方法。也就是从权利和救济层面,以法院的立场和视角来审视个案所涉的法律问题。[②] 它要求分析者(学生)像法官那样思考,是对法官解决问题方式的微妙模拟,站立在法官的立场,在法律与效果之间进行推演。或许我们还可以推而广之,这是所有从事实务的法律工作者都应该遵循的一种思考路径。唯有如此,法律人才能有对话交锋的前提与语境。

作为一种分析方法,其基本步骤是如(图 3-2),首先必须从当事人的请求权出发,弄清其在法律上的诉求究竟是什么,然后要恰当地找到支持这些请求权的规范依据,把规范与请求之间连接起来,它们共同指向的对象就是案件的处理结果。这个过程,有的学者把它通俗称为"找法"。其基本的逻辑构造就是要解决"谁得向谁,依据何种法律规范,主张何种权利"。[③]

从结构上讲,请求权分析方法仍然依托在形式逻辑的"三段论"之中。正如王利明教授指出的,"请求权基础分析方法指的是通过对事实(小前提)的整理与说明,通过对法律(大前提)的解释,建立起大前提与小前提之间的联系,是三段论推理过程中的一部分。但这种方法其实是形式逻辑在法律思维中的运用,在运用过程中,它必须与法律解释方法相结合,形成自己独特的分析方法。即案例分析方法既要考虑逻辑思维的三段论,又要和法律的解释方法结合起来,形成了一套自己独特的方法。"[④]

---

① 参见《焦作房产纠纷案专家点评》,http://review.jcrb.com.cn/ournews/asp/readNews.asp?id=131757,访问时间:2008年10月1日。姜明安:《培植法治的自我调节、自我纠错、自我完善机制——对焦作房产案的反思》,http://www.fawang.net/Article/xzf/200601/2190.html,访问时间:2008年10月1日。王贵松编:《行政与民事争议交织的难题——焦作房产纠纷案的反思与展开》,北京,法律出版社,2005。

② 骆梅英:《行政法学的新脸谱——写在读叶俊荣〈行政法案例分析与研究方法〉》,载《行政法论丛》第9卷,北京,法律出版社,2006。

③ 参见王利明:《民法案例分析的基本方法探讨》,http://www.fatianxia.com/blog_list.asp?id=4658,访问时间:2008年10月1日。

④ 参见王利明:《民法案例分析的基本方法探讨》,http://www.fatianxia.com/blog_list.asp?id=4658,访问时间:2008年10月1日。

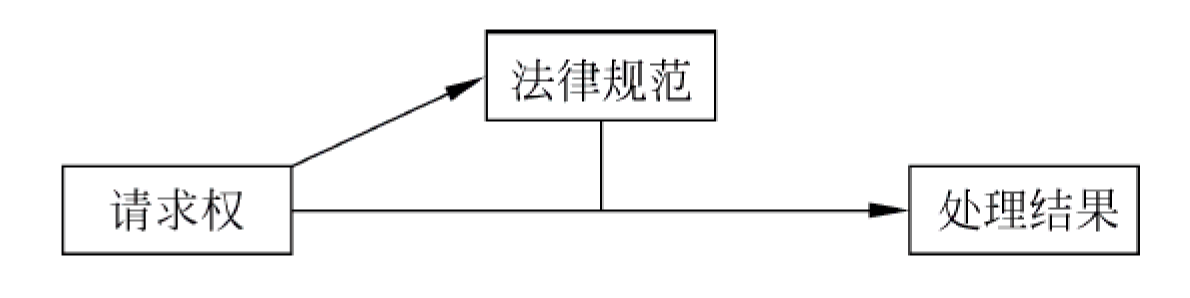


图 3-2　法官的立场与视角

请求权基础分析是一种最基础的案例分析模式，在法学上，尤其是民法上有广泛的运用，特别是台湾学者王泽鉴教授的《法律思维与民法实例——请求权基础理论体系》被介绍到大陆之后，备受民法学者们的推崇。就其渊源而言，其实这也是在西方法学院流行上百年的、能够有效训练学生法律思维的一种传统教学方法。[①] 毫无疑问，它在行政法上也应该有适用的价值。

据王志的梳理和研究，我国 1990 年代的行政法案例教材深受这种影响，比如，姜明安、王殿全主编的《行政法案例精析》、姜明安主编的《行政诉讼案例评析》等书中，由于是最高人民法院在北京大学合作开设的行政法研究生班的一项研究成果，参与撰写的很多法官已开始自觉运用这种分析方法。最高人民法院公报中的一些案例也有运用的例子，比如，“王丽萍诉中牟县交通局行政赔偿纠纷案”(2003 年第 3 期)中，法院在认定事实之后，明确运用“行政赔偿责任的构成要件理论”展开分析。[②] 在法院(包括最高人民法院和地方人民法院)编辑的很多案例汇编中，我们都能够依稀、反复地看到这种研究方法的身影。

请求权分析方法在行政法上无疑是具有价值的，与其作用于其他部门法学一样，在行政法上，它对于解决具体个案的纠纷、对于训练学生的法律思维，同样也具有重大的意义。当然，仅就一种分析方法而言，它也存在着内在的缺陷。大致有：

第一，不具有普适性。王利明教授就指出，请求权基础分析法有其限定的适用范围，在某些案例中，可能并不存在请求权。比如，合同无效、合同不成立、单方法律行为的争议、确认物权、确认继承权以及合同撤销、解除等涉及形成权的争议，此时就需要运用法律关系分析方法加以分析解决。[③] 按照这种理解，在行政法上，至少是行政契约、行政确认中发生的一些争议恐怕也无法循着请求

---

① 王泽鉴教授曾以极富诗意的笔墨描述了他的感受，他说：“此后在上课，在法学院走廊，在学校餐厅，在附近清丽的英国公园的小溪旁(可供日光浴！)，一再听到 Anspruchsgrundlage，使我认识到请求权基础实蕴涵着法律思考的精义，而启发了撰写本书的动机。”参见王泽鉴：《法律思维与民法实例——请求权基础理论体系》，51 页，北京，中国政法大学出版社，2001。

② 参见王志：《行政法的个案解释及其方法前提》(清华大学法学院硕士学位论文，2008 年答辩)。

③ 参见王利明：《民法案例分析的基本方法探讨》，http://www.fatianxia.com/blog_list.asp?id=4658，访问时间：2008 年 10 月 1 日。

权分析路径来解决。

第二,由于法律疏漏而导致请求权检索的难度。王利明教授指出,“请求权基础就是指请求权的法律依据,也就是说具体适用的条文。但我国由于民法典没有制订,现行法体系比较杂乱零碎,难免有许多法律疏漏,请求权体系尚不完备,检索起来有一定的困难,如完全依照现行法律检索请求权,可能造成法律疏漏”。[①] 这在行政法上也存在,恐怕有过之而无不及。

第三,视野的狭隘。叶俊荣教授有一番评论,在我看来,还是比较精当的。他说:“当然,以判决方式来训练对案例的思考并非不妥,但是基于案例的选取与设计取向,往往使得法律系学生自限于以超然第三者‘法官’的角色来看问题。如此一来,虽然有益于其建立‘客观’的法律知识,却无助于其分析辨明分析者立场的能力。此外,由于要求学生基于法官的心态来分析案例,在‘不告不理’与避免形成‘诉外裁判’的考量下,往往无法综观案例全貌,失于以偏概全。”[②]的确,在这个过程中,分析者要受到现行法律规定的严格限制,必须中规中矩,不逾雷池一步。分析者关注的核心,始终是在现有的法律框架下如何妥当地解决案件纠纷、处理问题。不崇尚对法规范与理论的批判精神,不鼓励对“案例背后的政经社文条件作进一步思考”,也没有必要“引用实证数据作推论的依据”。[③] 因为对于务实的法律工作者来说,任何对现有法律规定的批判都是无益的,愤世嫉俗、慷慨陈词,对案件的解决都无济于事、于事无补。

这是一般意义上说的。那么,当它具体运用到行政法上,还会有其他什么样的一些缺陷呢?叶俊荣教授归纳了三点缺陷:首先,案例中所呈现的当事人及主张的权利,并不能合理地呈现现实的状况,许多权利受侵害的利害关系人并没有提起诉讼。其次,案件中所涉的利益,并不在诉讼程序中作完整地呈现。最后,也是最重要的,案件所彰显的议题,并不局限于权利与救济层面,许多涉及私权救济的背后,是整体制度与政策面的问题。从当事人请求权的结构,根本无法探讨这些问题。[④] 在我看来,叶俊荣教授的上述归纳,不完全是在行政法情境下所产生的独有问题,除了第三点判断是例外。所以,我只认同第三点。

的确,行政法上的案件“往往涉及高度的利益冲突或公共政策上的争议”,[⑤]

---

① 参见王利明:《民法案例分析的基本方法探讨》,http://www.fatianxia.com/blog_list.asp? id=4658,访问时间:2008年10月1日。

② 参见叶俊荣:《行政法案例分析与研究方法》,18页,台北,三民书局,1999。

③ 参见叶俊荣:《行政法案例分析与研究方法》,22页,台北,三民书局,1999。

④ 参见叶俊荣:《行政法案例分析与研究方法》,41~42页,台北,三民书局,1999。

⑤ 参见叶俊荣:《行政法案例分析与研究方法》,23页,台北,三民书局,1999。

而这些争议很多又发生在中国转型时期，我们所面临的急剧社会变迁、政府职能转变、立法滞后与冲突等现实，使得我们无法仅仅从现实规范层面获得完整、全面和客观的理解，并进行正确的处置。这就迫使我们必须从更加宽阔的视野来思考行政法案例中涉及的议题。在这样的拉张过程中，以规范分析为基础，“着重概念推理与运用”的请求权分析方法，就显得比较拘谨、保守，甚至有点沉闷、压抑，缺少了一股飘逸，一种洒脱，一种鸟瞰问题的视野。

更重要的是，在我看来，在行政法层面适用请求权基础分析方法，还会发生另外一个值得警觉的问题，就是通过对个案的请求权分析而建立起来的具体规范分析模型与进路，却很难具有长期的可反复性。这注定了请求权分析方法在行政法中不太可能占据主导地位。

我们知道，科学实验的发现，必须能够在同样的实验条件下反复多次得到同样的结果。在法学中似乎也存在同样的现象。比如，在民法学中，请求权分析方法之所以占据不可动摇的主导地位，是因为在个案分析中总结归纳出来的规范分析模型，在以后同样的案件中可以反复适用。也就是说，通过对一个案件的请求权分析，可得出同类案件的规范分析路径与模型。而民法规范的相对稳定性，[①]决定了这种重复性可以持续相当长的时间，因而使得规范分析具有了相当重要的价值与意义。这也就是为什么民法学者非常崇尚民法解释学，甚至把后者与方法论画等号。

但是，在行政法上，规范却是不稳定的。行政法的魅力也在于规范的易变动性。而且，我们能够很容易地观察到，对行政权具体行使的直观影响力，是从法律、法规、规章到规范性文件逐渐增强的。愈是能够强烈影响行政权的具体行使的规范，愈是属于地方性、部门性规范。这种规范的层级愈低，对行政权的规范效果越直观强烈。而规范的层级越低，其稳定性越差。

这就注定了请求权基础的分析方法必然有内在的局限性。任何个案的解决，很难绕开地方性、部门性规范。由于后者的变动性，使得在某个个案中形成的规范分析框架，未必适用于另外一个个案，甚至未必适用于未来的同样个案。这种现象或许在民法、刑法中也同样存在，但却绝对没有行政法那么突出。这也是为什么在行政法研究中规范分析方法总是退位于社会学分析、历史分析、比较研究、实证分析等其他方法。相对于刑法、民法、民事诉讼法等学科，行政法上的法的阐释学始终是不发达的。据我所知，行政法上基本上没有“行政法解释学”的说法。

---

① 请想想，《民法通则》自 1986 年 4 月 12 日第六届全国人民代表大会第四次会议通过之后，适用至今。有哪一部行政法律有这么长的生命力呢？

3. 三层次案例分析方法

在批判请求权基础分析方法的局限性之后,叶俊荣教授提出了“行政法三层次案例分析方法”。也就是,并非全盘否定请求权基础分析方法,而只是将其作为第一层次的分析,然后,进一步架构制度与程序以及政策与策略两个面向的考量。此种多层次的分析方法,在注重私权救济之外,进一步就个案背后所隐藏的制度与政策面向的问题作深入探究,从而使行政法的案例分析具有了政策反思的功能。[①]

关于“行政法三层次案例分析方法”的基本进路,叶俊荣教授用一个很简洁的结构图(如图 3-3)来表示。[②]

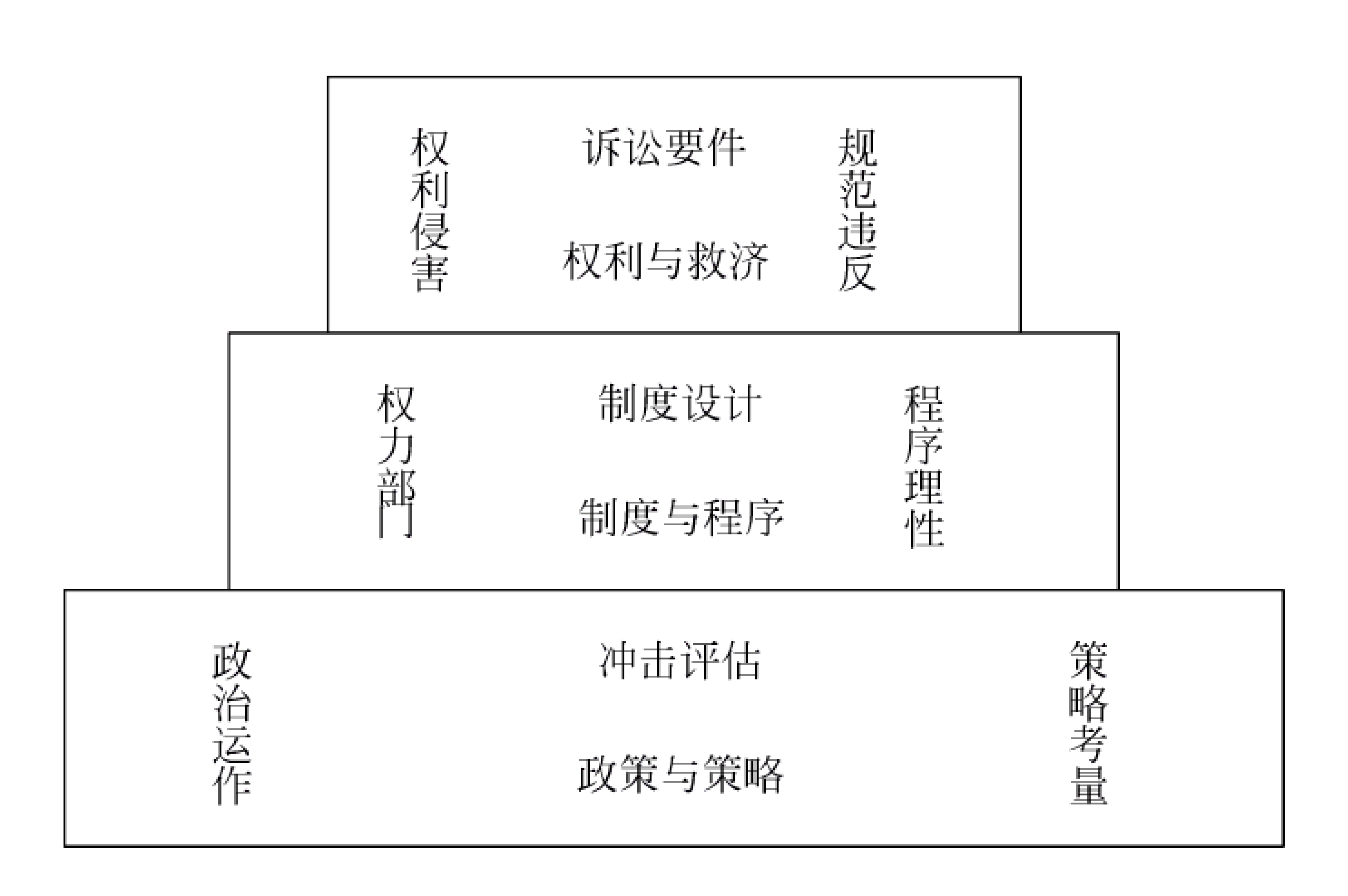


图 3-3　行政法三层次案例分析方法

从人才培养的定位和方向看,行政法研究生未来的就业方向和领域多为政府或者与公共治理有关的单位,分配到法院、检察院或者律师事务所从事行政审判的比率相对不是很大,所以,以请求权为基础的案例分析与教学模式或许并不适应,而更应该从行政过程的角度、从行政政策的形成角度来加强对学生的培训。从这个意义上看,“三层次案例分析方法”是有贡献的。

但是,将规制理论引入行政法,把研究的视野进一步推进到政策的形成过程与实际运行状态,这样一种美国人倡导的方法,像其他研究方法一样,它必然也带有局限性。因为行政法从来就是,也主要是一种控制行政权的工具,它不太可能深入到行政政策的实质内容层面。尽管叶俊荣教授的后两个层面的某

① 参见骆梅英:《行政法学的新脸谱——写在读叶俊荣〈行政法案例分析与研究方法〉》,载《行政法论丛》第 9 卷,北京,法律出版社,2006。

② 参见叶俊荣:《行政法案例分析与研究方法》,43 页,台北,三民书局,1999。

些元素和内容，在我们的案例分析中也会有所涉猎，但是，假如我们无限制地继续深入到对其政治运作、冲击评估和策略考量，那么，由此带来的对行政法范畴的冲击甚至可能是颠覆性的。

对于这种颠覆，骆梅英博士用一连串的提问来概括——“在传统行政法中引入政府规制的研究视角会不会脱离行政法学的疆域，使行政法学本身作为法学的学科体系和特征被淡化？行政法学者又能否驾驭这种需要在思维上打破定势、在方法上更多地引入经济学、政治学、社会学、管理学等因素甚至在精神上以饱满的热情和充沛的精力深入到行政实践的内部去一探虚实的研究方法？”“这还是行政法吗？”[①]

我没有骆梅英博士那么乐观。在我看来，这的确就成为了问题。因为我们或许会在行政法创新或者重新整合的口号下，不经意的跨入一个我们很不熟悉的领域，与公共管理学混淆不清的界面。我们还真得认真的扪心自问，我们有研究的知识背景与储备吗？这是我们行政法学者擅长的吗？行政法与公共管理学之间的学科分工将会变成啥样的呢？[②]

而且，在我看来，叶俊荣教授的最大贡献就是在案例分析中引入、并强化了规制理论，但这仅仅只是观察行政法的一个视角，是诸多研究行政法方法之一，这就注定了其缺陷在于方法论的单一。我觉得，三层次分析法中的第二和第三层次实际上是由具体个案引发的争议而进一步延伸出去的理论思考，完全可以合二为一，适度的借助其他学科（比如公共管理学、社会学、经济学）的研究成果，展开对行政法问题的多维思考，可以、也必须运用多样分析方法，包括历史分析、实证研究等。

4．多元化分析模式

在对现有案例研究文献的浏览中，给我的强烈印象是，案例分析的方法多元化、用途多样化；案例分析的用途决定案例分析的方法。我自己在研究教学实践中也有同样深刻的体会。分析模式大致可归纳为以下几种：

（1）单纯或混杂的请求权基础分析模式

围绕着当事人的请求权，寻找恰当的法律依据，给出案件的解决方案，并进行适度的点评。如果案件中还夹杂着其他非行政的法律关系，比如行政法律关

① 参见骆梅英：《行政法学的新脸谱——写在读叶俊荣〈行政法案例分析与研究方法〉》，载《行政法论丛》第9卷，北京，法律出版社，2006。

② 当然，就研究趣味而言，任何人都不能画地为牢，禁锢自己的思想，禁止学科之间的交流、互动与融合。我也不反对行政法学者涉足其他学科领域，只要其具有这种研究新学科知识的能力、储备和积累。这会给行政法研究带来一缕缕清新的空气。但是，就一个学科来讲，这却是值得警惕的问题。

系与民事法律关系、刑事法律关系相互交织的情形,还可能会引入嵌入式的法律关系分析模式,交替使用两种分析方法。

这类案例分析往往用于法院的法制宣传,或者案件指导,或者培训职业人才。在法院编辑的案例中表现得最为突出。这种分析模式回答的是“应该(能够)怎样解决本案纠纷”。

(2)两层递进的理论分析模式

以请求权分析为逻辑起点,解决诉讼层面的争议问题,寻找并构建个案规范分析模型。这是第一个层面的分析。然后,就其中揭示的矛盾、不合理之处进行理论层面的批判性思考,可以运用多种分析方法,比如实证分析、统计分析、历史分析、文献研究,或者从经济学、社会学和行政管理学等学科的角度、借助其方法或观点进行分析,等等。

这在很多学者编辑的或者参与编辑的案例文献中比较常见。这种分析模式在回答“应该(能够)怎样解决本案纠纷”之后,还会进一步回答“为什么能或不能”“如何进一步改进或完善”等问题。

(3)纯粹的理论分析模式

至少从我国行政法学者的实践看,案例分析的逻辑起点并不都是请求权基础。尤其是以理论研究为趣味的案例分析,更是如此。因为,在行政诉讼中,当事人的诉求(或请求权)显然会受到法院解决问题的能力的限制。对于哪些因制度性缺陷引发的对当事人的不利(益),当事人就不太可能在诉讼中提出,而这种(些)制度性缺陷却恰好是案例分析者感兴趣的。或者,当事人的诉求(或请求权)和有关纷争很有意思,但却不是分析者关注之所在,分析者更为关注的却是与该案有关的制度或理论层面上的问题。这时,分析者就可能撇开当事人的具体请求权和法律纠纷,而直奔引起自己兴趣的理论问题。案例就成为了分析者发现问题的一个路径。分析者只是从一个案件中发现了引起其理论研究兴趣的问题,并展开与本案当事人的诉求并无直接关系的理论思考。

这种研究的目的,不是想回答当事人的诉求是否能够从法律上得到满足和实现,而只是想用这个案件来验证一个大家已经接受的理论、立法或者制度,或者挑战、延展这个理论、立法或者制度。它要回答的问题是多样的、多维的,包括“是什么”“怎么样”“为什么”等等。

在理论分析中,使用的研究方法也是多样化的。总体上看,我国学者似乎更加偏好过分抽象的价值论证,以及深受德国法影响的概念法学的分析进路。从近年来的一些作品看,已经在有意识地把案例研究方法和行政法研究方法打通连接起来,是试图“孕育出案例研究方法作为行政法学研究的一个分支的可能性”,“前者关注的是法律制度,后者关注的是法律理论,本质上是对以往行政

法学教学与研究方法的建构或重构。”①

我们在很多的硕士或博士论文中都会发现这种研究的路数。而且，据我的观察，不少行政法学者也十分中意这种样式的研究。比如，在胡锦光教授主编的《中国十大行政法案例评析》(法律出版社，2005)中，对很多案件提出的问题，“不限于诉讼过程中的法律问题，还包括当事人或者法院没有意识到但是应该提出的行政法问题”。②

也正是在这一点上，让很多事例也有可能作为一种案例的特殊形态进入了我们的视野，让我们对什么是行政法上的案例分析重新作一番认识。其实，在社会科学的案例研究中，就无所谓什么当事人的请求权问题，也不会完全以当事人的诉求为研究的起点，但这并不影响其叫作“案例研究(分析)”。

当然，一旦重新界定“案例分析”之后，我们要小心处理的是，作为一种案例分析，理论研究自然是要放在具体案件的情境之中，围绕着案件揭示的问题，进行探讨。我们也应该善于在特定案件的环境与情境内探讨问题，而不能走得太远，使得案件与之后的理论分析之间的关联性过于松散。

如果循着社会科学的路径进一步思考，我们会不无遗憾地发现，行政法学者很少关注社会科学上案例研究所采用的一般方法与研究模型。其实，在我看来，后者在行政法上也有适用和仿效的可能。也就是说，我们也很可能会收集多种来源的数据，包括文献资料、访谈、(参与型或非参与型)观察、档案记录和实物资料等等。然后，仔细分析这些数据，进行类型比对(pattern-matching)，也就是把数据与所形成的理论主张(理论假设)进行匹配和比较，发现是否存在着偏差、有着怎样的偏差，并建立解释(explanation-building)结构，在理论主张(理论假设)到数据之间不断地往返重复，建立一系列因果的关系，来解释这些偏差。根据数据的发现，修改理论主张(理论假设)，并把修改后的理论主张(理论假设)应用于对数据的重新分析。③

比如，我现在正着力鼓吹的“以重大事件为样本进行立法后评估”，④就是向这个方向迈进的一个努力。在汶川大地震时，媒体上有一种广为流传的说法，就是《突发事件应对法》(2007 年)和《政府信息公开条例》(2007 年)发挥了重大作用，甚至认为“5 月 12 日发生在四川汶川县的 7.8 级地震，让政府信息的公开

① 参见王志：《行政法的个案解释及其方法前提》(清华大学法学院硕士学位论文，2008 年答辩)。

② 这是当时发给每位参与写作的作者的“编写提纲”中强调的。

③ 参见徐碧美：《如何开展案例研究》，http://www.thjy.edu.cn/user1/26/archives/2005/4193.html，访问时间：2008 年 10 月 1 日。

④ 详见余凌云：《汶川大地震与立法后评估》，载《检察日报》，2008-07-24。

程度达到了极致”。[①] 那么,其中的得失究竟如何呢?我们可以以汶川大地震为案例研究的样本,对《突发事件应对法》(2007年)和《政府信息公开条例》(2007年)的实施效果进行评估。[②]

我们粗略地统计了网络上对汶川地震建立专题网页的情况,从hao123网址之家、新闻报刊、主要媒体报刊、90个网址中检索,除去国外网和少数国内网因校内网限制打不开,有专题报道的共40个;又从[人民网]主办的[中国抗震救灾网] http://www.512.gov.cn/ 上链接到7个。总共找到47个有专题报道的网址。[③] 我们可以以这些网址作为材料主要来源,梳理和选取与《突发事件应对法》和《政府信息公开条例》有关的调查报道,按照上述两法的基本构成,分成几个单元,分别提取有关信息,建立数据库,然后逐一对法律规定与实际执行情况、执行效果等进行比对审视,从而得出基本的评估意见。

(4) 阐释性的分析模式

这种分析模式主要用于教学,也常见于很多学者编辑的与行政法教科书配套使用的行政法(行政诉讼法)案例教材之中。

一般的套路是,在介绍案例之后,结合行政法概念、原则和原理对案件事实进行涵摄,找出它们之间的对应关系,着重阐述有关的行政法概念、原则和原理,使学生能够结合具体案件,比较直观地体会出这些概念、原理和规范的抽象内涵和内在运行机制,增进学生对抽象的概念、原理、规范的感性认识。[④]

五、研究与教学之间的自然转换

案例教学方法在法学教育上的使用可谓年代久远。早在1829年英国的贝雷斯(Byles)就开始在法律教学中运用案例教学方法。在美国,哈佛大学法学院的兰德尔(C. C. Langdell)教授于1870年引入案例教学法,被誉为哈佛法学院的改革者。到1915年美国较好的法学院都引入了案例教学体系。[⑤]

---

① 《四川汶川地震让政府信息的公开程度达到极致》,http://politics.people.com.cn/GB/7237066.html;“抗震关键词之十一:信息公开”,http://lanshr.blog.sohu.com/87924647.html,访问时间:2008年10月1日。

② 对于立法的实施效果的评估,传统上我们一直是采取执法大检查或者专题检查的方式,由人大或者政府组织专门的检查组下到基层调研座谈,听取汇报和意见。现在一些观念比较先进的沿海地区,开始探索从成本和效益角度评估立法的质量。

③ 非常感谢我的学术助手冯爱芳同学所做的搜寻、统计工作。

④ 郑贤君教授曾就宪法上的实例运用问题作过一番论述,我也借用了她的分析。参见郑贤君:《宪法学教学中的实例分析探讨》,http://www.civillaw.com.cn/article/default.asp? id=26928,访问时间:2008年10月1日。

⑤ 参见张梦中和马克·霍哲:《案例研究方法论》,载《中国行政管理》,2002(1)。

美国人所讲的案例教学法(case method),是以律师职业为目标,注重的是从判决的司法意见中阅读法律规则和原则,"知道了这些规则和原则、知道了如何对案件进行判断、知道了如何针对某种观点真实和理性来阐述有关的理由,对于一个未来的律师而言,的确是不可缺少的本领中的一部分。因为要推测出法庭如何判决,掌握这些本领的确会起到一定的帮助。而且,律师在对法庭阐述理由时,要使用与假定的推测相一致的法律术语,而这些假定的推测就是作为所有判决重要基础的法律规则和原则。"①

但是,这种兰德尔模式(Langdellian case method)也受到了无情的批判。Jarome Frank 用近似奚落的笔调,把兰德尔刻画成一个远离法律实践、只知在书斋中"阅读法律"的书呆子,把这种案例教学说成是"在图书馆书架上的图书中寻找到了法律的生命源泉",是一种"图书馆法律"。② 这种批判是为诊所法学教育作铺垫的。

诊所教育在美国法学院的开端是在 1893 年宾夕法尼亚大学法学院学生成立的一个"法律诊疗室"(legal dispensary)。③ 这种实践模仿医学领域的临床教学模式,最早与法律援助(legal aid)联系在一起,后来,诊所教育逐渐风靡全美乃至世界,逐渐成为法学院的一种新的教学模式,发展成一种常态性的教学形式。诊所法学教育也"不再被贴上只处理与贫困有关的问题的法律的标签了,因为在行政法、反垄断法、证券法、环境法、家庭法、出入国管理法和妇女权益保障法的领域里都有法律诊所的参与。"④

诊所教育是针对当时学院式教育脱离实践的弊端提出的改进,早期诊所法律著述最丰富的学者之一的布拉德威(John Bradway)把诊所教学的目标归纳为五项:第一,弥补法学院理论教育与实践间的差距;第二,对学生所学的各种实体法和程序法进行融会贯通;第三,在法律学习与实践中引入人的因素;第四,对法律执业中未形成书面教材的辩护实践进行介绍;第五,教会学生对法律问题要从头进行思考,而不是从上诉意见形式出现的结局来进行分析。⑤

简单地说,它是让学生在参与办理案件的过程中,通过教师指导,来培养和提高他们的法律实践能力,加深对法学理论和法律制度的理解。⑥ 在这个过程

① 参见杨欣欣主编:《法学教育与诊所式教学方法》,104～105 页,北京,法律出版社,2002。

② 参见杨欣欣主编:《法学教育与诊所式教学方法》,102 页,北京,法律出版社,2002。

③ 参见杨欣欣主编:《法学教育与诊所式教学方法》,70 页,北京,法律出版社,2002。

④ 参见杨欣欣主编:《法学教育与诊所式教学方法》,135 页,北京,法律出版社,2002。

⑤ 参见杨欣欣主编:《法学教育与诊所式教学方法》,80 页,北京,法律出版社,2002。

⑥ 参见蓝寿荣:《漫谈判例、判例法与案例教学法》,http://article.chinalawinfo.com/article/user/article_display_spid.asp? ArticleID=31910,访问时间:2008 年 10 月 1 日。蓝寿荣主编:《金融法判例解析》,导言,武汉,华中科技大学出版社,2005。

中,不再有人为的变量控制,是在一种高度动态中学习法律,是从经验中学习法律。从某种意义上讲,它回归了18世纪瑞伍兹法官(Judge Reeves)倡导的“学徒模式”,当然不是简单地回到了原点,而是一种螺旋式上升的归依。

尽管我丝毫不想贬低上述努力与绩效,但是,在我看来,首先,对兰德尔模式的“图书馆法律”的批判是有失公道的。对于学生参与来讲,无论是广泛性还是长期性,兰德尔模式都比法律诊所教学具有优越性。而且,从某种意义上讲,兰德尔模式也是符合人们认识问题的规律的。在我看来,这是将事实调查与认定进行人为割裂之后,把事实确定为一个定量,一个默认值,然后推演法律规则与原则是如何对默认的事实进行涵摄的,从中获得对寻找、适用法律规则和原则的理解和能力。这是在一种人为设定的、静态的案件环境中,严格依照现行法律规定进行的案例分析。至少是在这个阶段上,学生们能够得到比较充分的训练。

其次,无论是兰德尔模式还是法律诊所教学,都只是徘徊在一种以律师职业教育为水准的境界,这与现代法学院培养人才的定位不完全吻合。或许,我们培养的不能完全是刀笔案吏。在这一点上,我赞成韩大元教授的观点,他说:“应该说,我们的宪法学教育不是一个法律职业性训练,而是具有很强的人文社会科学教育性质,其目标在于,既要有基本的法律思维方式,又要有良好的宪法学素养去总结经验并指导实践。”[①]所以,法律诊所教学的勃兴,仍然无法根本动摇以学术讲座和教科书为主的模式。在法学院开展的案例研究,其追求的目标,也必须超越律师职业,要着重理论素养和开阔视野的养成。

我国近些年来也积极引入了法律诊所教育,一些法学院也取得了很多的成功经验。但是,我从学生那里得到的信息是,法律诊所的案件中几乎很少行政法案件。这意味着学生们很难通过这条路径获得处理行政法案件的知识和经验。另一方面,在法学院的讲堂上,我们所从事的案例教学与美国的兰德尔模式似乎还是有很大的差别。至少是从我的教学经验以及我与一些学者的交谈看,我们的案例教学是比较灵活,形式多样的。在我自己的教学经历上,和向一些行政法学者讨教中,发现实际的运用可以有以下几种样式:

(1) 在课堂上有意插入或者随机列举的案例,这多半是为了形象地阐述当时正在讲授中的相关理论。比较低层次的是把案件极度简化或者干脆虚构一个案例,直白而简洁地解释有关理论。这种做法在我后来的教学中基本淡出。比较高级的形式是,先将案件完完整整地介绍给学生,对关键细节不厌其烦,然

① 参见韩大元:《中国宪法实践中的宪法问题与宪法事例》,http://www.fatianxia.cn/paper_list.asp? id=18826,访问时间:2008年10月1日。

后提出问题，自问自答的详细阐述与分析。

（2）先将案例详情、分析过程与结论发给学生，让他们先行阅读、理解和思考，查阅有关理论文献，作课下准备，然后到课堂上发言。谈论的话题可以是围绕着教师关注的问题及其分析，也可以另辟蹊径，提出自己关注的问题，并详细分析。教师和其他学生可以随时插话、评论或者提问，展开讨论。

（3）教师先对案件进行研究，可能提出若干解决问题的方案，并逐一进行分析和评价。然后，在上课前，只将案件材料事先发给学生，隐匿解决方案，让学生独立或者分组研讨，准备发言。上课时，由若干学生或者分组代表介绍研讨情况，其间可以组织观点相异的学生进行辩论。最后，发给学生事先准备好的教师研究的方案与分析，进行比对分析、讨论和总结。①

这三种方法是依次改进，难度系数逐次提高。当然，视情况也可以采用模拟法庭的形式。

我们要讨论的案件材料是否只能由教师准备？还是也可以让学生来提供？让学生来收集和提供的案例，能不能是有意思的、有理论探讨价值的呢？学生的学术修养和幼稚目光（不具贬义）能够胜任吗？假如这样的案件虽然是真实的、充分的，却在法律和理论上是直线式的，一目了然，这样的检材未免会让人沮丧，使案例分析黯然失色。但是，从我的教学实践经验看，学生是能够胜任的。我在几轮的案例分析课程讲授中，最后几堂课上使用的案例大多是由学生收集、提供的。

在案例材料的处理上，我并不很赞同 Stein 的观点，他说，在教学中，要精心处理案例研究的材料，以便更有效地突出某一关键之处。② 在我看来，我们根本无需刻意地去突出什么或者裁剪什么，只要把案例研究的情况完整地或者有选择地复述出来就可以了。随着现代媒体技术的广泛运用，为我们提供了更多的选择。或许我们能够收集、使用有些案例的视频，效果更佳。

当然，选择什么样的案例，或者手头上的案例在何时展现，存在着时机问题，要尽量与学生的知识结构和教学进度吻合，彼此合拍。在教学进程中选择的案例，所涉及的知识点最好必须是学生已学习过的。当然，为锻炼学生的自学能力，也可以采取某些知识点是后者未接触过的，需要其查找和阅读有关的文献资料。

---

① 杨小军教授介绍，在国家行政学院的案例教学中曾采取这种方式，效果比较好，而且发现学员的研讨结果和教师的方案基本一致。

② 参见罗伯特·K. 殷：《案例研究方法的应用》，周海涛等译，12 页，重庆，重庆大学出版社，2004。

还有一种选择,也是我强烈建议的,就是重新设计行政法与行政诉讼法的教学进度和课时安排。除去复习考试的课时,把教学课时分成理论教学和案例分析两个部分,前者占前2/3学时,最后的1/3学时为案例分析。尽管在前2/3的理论教学中,也会引入阐释性案例或其他形式的案例分析,但是,在后1/3学时中则是系统完整地研讨若干个案件,其中涉及的知识点跨度或许很大,贯穿行政法学的诸多理论环节。

在教学中,对案例的评析可以是平铺直叙,也可以是采取苏格拉底式的问答方法。按照Areeda的说法,案例教学方法(case method)和苏格拉底方法(The Socratic Method)没有本质差别。但后者不是像问答集(catechism),只是训练先知的答案(to drill pre-set answers),而应该是迫使学生去思考或者去运用已获得的知识。[①]

要注意,行政法案件很多会涉及各种学生所不熟悉的实体法(substantive law),要学生当场了解或者分析实体法规定是很不现实、很困难的。即便是教师把相关的条文规定告诉学生,效果也未必好。因为这会剥夺学生思考的权利,使他们成为纯粹的被动接受者。他们没有事先查阅、判断和选择有关规范,也很难与教师进行有效的交流、甚至较真。所以,相对应的教学方法,最好应该是事先交给学生预习和准备。

六、结　束　语

在我看来,在中国情境下采取案例研究与教学的进路,至少有两点意义:

第一,行政法案例真正能推动行政法学的中国化。[②] 通过对行政法案例的分析与讲解,我们能够不断积攒自己的行政法术语与话题,真正解决中国自己的行政法实践问题,使中国行政法逐渐由外循环(西法东渐)为主,发展为以内循环为主,最终形成有中国特色的行政法学。

第二,当下中国行政法的窘境,或许是未能全面细致地反映和及时地跟进中国蓬勃发展、日新月异的行政法实践。在不能及时修订行政法教科书的情况下,完全可以通过对最新案件的分析来弥补这种缺憾,能够不断跟上时代的步伐。尽管有些步履踉跄,有些缺斤短两。

---

① Cf. Phillip E. Areeda, "*The Socratic Method*" (1995—1996) 109 *Harvard Law Review* 912.

② 韩大元教授说:"宪法案例真正能推动宪法学的中国化。"参见韩大元:《中国宪法实践中的宪法问题与宪法事例》,http://www.fatianxia.cn/paper_list.asp? id=18826,访问时间:2008年10月1日。我也深以为是,故仿造之。

案例研究方法是一种解释社会现象的研究方法，在社会科学很多领域中得以广泛运用。无疑，其中蕴含着某些共性，决定了彼此之间有仿效、借鉴的价值。但是，在仔细阅读社会科学中的有关案例研究方法的文献之后，我有一个强烈的感受就是，在法学中运用案例研究的趣味、结构与方式，或许和其他社会学科很不一样。即便是在法学领域，在行政法上的运用，和民商法、刑法也可能存在着差异，有着自己的个性。所以，我得出的一个初步结论就是，我们恐怕也很难用在其他领域或学科上的案例分析模式简单地套用到行政法案例研究上，我们必须谨慎地、小心地探索行政法上的路径，积累我们自己的经验。

在社会科学上，对于案例研究方法经常提出的质疑是："你怎么可以基于一个案例或几个案例研究的结果而做出理论上的概括?"罗伯特·K.殷对此的回应是，把统计性归纳当作案例研究的归纳方法，是案例研究的致命性错误。案例研究所进行的归纳应该是分析性归纳。[①] 也就是说，尽管案例研究不能得出统计的普遍性结论，却可以得出分析的普遍性结论。[②] 徐碧美教授也辩解道："实际上，我们对实验研究也可以做出同样的批评，但很少有人对它提出质疑。案例研究可以推论到理论主张（理论假设）（theoretical proposition），而不是从几个个体推论到全体。案例研究与实验研究一样，案例并不是一个样本，研究一个或几个案例，并不旨在从小数目的案例推论到全体，而是旨在理论上的扩展或概括。"[③]

但是，他们还是不能完全说服我。在我看来，案例研究的确有着样本选择和概率问题，由此得出的认识也有可能存在局限性。科学实验有重复的可能，而实际发生的案件却很难有重复性。所以，我们必须对个案研究得出的结论有比较清醒的警觉，要认真鉴别，防止"以偏概全"，犯过分"概化"的错误。

---

① 参见罗伯特·K.殷：《案例研究方法的应用》，周海涛等译，36～37页，重庆，重庆大学出版社，2004。

② 参见张梦中和马克·霍哲：《案例研究方法论》，载《中国行政管理》，2002(1)。

③ 参见徐碧美：《如何开展案例研究》，http://www.thjy.edu.cn/user1/26/archives/2005/4193.html，访问时间：2008年10月1日。

第　二　编

麻旦旦处女嫖娼案*

目　　次

一、基本案情[①]

1. 案件经过

陕西泾阳蒋路乡，一个很不起眼的西部乡镇，却因一起荒唐的处女嫖娼案引起众多媒体的关注，包括中央电视台、新华社、人民网在内的国内百余家电视台、报纸、杂志、网站都争相作了报道。案中的受害人19岁少女麻旦旦家住陕西省泾阳县龙泉镇麻家村，在家中众兄妹中她是最小的一个，父母按当地的风俗，给她取名“旦旦”，意思是最小、最可爱的。

1999年7月，麻旦旦初中毕业后辍学，到她姐姐麻珍珠在蒋路乡开的一家

---

* 本文的主要部分曾以《处女嫖娼：一起荒唐错案的法律分析》为题发表在《江西公安专科学校学报》2004年第6期上。本文是我与郭艳一起合作的成果。

① 更加详细的介绍，参见雨腾：《麻旦旦坚持索赔500万》，http://news. sohu. com/56/78/news145907856. shtml，访问时间：2004年7月1日。《行政侵权，精神损害赔偿遇难题》，载《北京青年报》2001-07-24。

理发店帮忙。2000 年 11 月上旬的一天上午,蒋路乡派出所民警王海涛来到理发店洗头,看见麻旦旦就说,这小妹还长得漂亮。一个月后,他又来到理发店点名叫麻旦旦给他洗头。洗头过程中,趁麻旦旦不备拉着麻旦旦的手说,我是蒋路乡派出所警察,有啥事打个招呼,哥帮你做主。临走时顺手在麻旦旦的脸上摸了一把,掏出 50 元说,不用找了。又急又气的麻旦旦愤怒地将钱甩在地上骂道,谁稀罕你的臭钱,我只收我应得的 10 块钱。王气呼呼离去。

2001 年元月 8 日晚,麻旦旦和姐夫、外甥一起正在看电视时,王海涛和派出所聘用的司机胡安定两人在没有出示任何证件的情况下将麻旦旦拉走。到派出所后,王、胡两人轮流讯问,逼迫麻旦旦承认有过“卖淫行为”。其间,曾对麻旦旦进行殴打、辱骂,并将其反铐在派出所门外的篮球杆上。非法拷问一直延续到第二天凌晨 4 时许,派出所所长彭亮将麻旦旦带到他的办公室“做思想工作”,其实是继续讯问,要麻旦旦承认曾有过“卖淫行为”。但麻旦旦仍然拒绝承认,彭亮就把麻旦旦带到王海涛的办公室,拿出王海涛已经写好的招供材料让麻旦旦签字。麻旦旦要看上面写的是什么时,王海涛说:上面写的什么,是你看的吗?你签字就可以了。说完强拉着麻旦旦已经肿得失去知觉的右手,强迫她在材料上签完字,并摁了手印。在近一天一夜的非法刑讯逼供过程中,麻旦旦没有吃一口饭,喝一口水。

麻旦旦被非法讯问 23 小时后被释放。元月 9 日,泾阳县公安局出具了一份《治安管理处罚裁决书》,该裁决书以“嫖娼”为由决定对麻旦旦拘留 15 日。裁决书上,麻旦旦的性别被写成男性,落款的日期居然是 2001 年 2 月 9 日。

如此荒唐的裁决使麻旦旦非常生气,遂向咸阳市公安局提出行政复议申请,咸阳市公安局于 1 月 15 日受理。在复议期间,为证明自己清白,麻旦旦到医院做了处女膜检查,结果是完好无损。2 月 6 日,麻旦旦在咸阳市公安局的要求下,在咸阳 215 医院作了医疗鉴定,结果证明处女膜完好无损。2 月 9 日,公安局又向麻旦旦家人建议再做一次“处检”。麻家人虽觉屈辱,但还是答应了。咸阳市第二人民医院的鉴定结果依然如故。当日咸阳市公安局撤销了泾阳县公安局的处罚裁决书,并于 2 月 9 日向麻旦旦送达。

2 月 23 日,泾阳县公安局对麻旦旦一案涉及的办案民警、相关领导进行了相应处理:撤销此案主要责任人彭亮的蒋路派出所所长职务,开除党籍,留党察看一年;对另一主要办案人王海涛给予开除党籍、行政降级的处分,并予以辞退。另外,责令在案件审查过程中把关不严的县公安局主管副局长郭某、法制科科长石某写出书面检查,离岗培训。派出所聘用司机胡安定同时被辞退。

但是,麻旦旦认为咸阳市公安局仅撤销县公安局的荒唐裁决,未就申请人提出的索赔要求作出答复,因此,于 2 月 13 日以咸阳市公安局作为被告、泾阳

县公安局为第三人，向咸阳市中级人民法院提起行政诉讼，请求人民法院确认：(1)泾阳县公安局作出的《治安管理处罚裁决书》违法；(2)被告及第三人强制传唤、非法限制人身自由事实行为违法；(3)被告强迫原告作“处女膜完整”医学鉴定事实行为违法；(4)对原告讯问程序、实体内容违法；(5)对原告使用械具违法；(6)判令第三人及被告公开赔礼道歉、恢复名誉；(7)判令赔偿精神损失费500万元，以及误工费、医疗费、交通费、通讯费，共计59 560元，并由被告承担全部诉讼费用等9项请求。

2. 诉讼过程[①]

2月16日咸阳市中级人民法院指定由咸阳市秦都区人民法院受理。后者于3月20日公开开庭审理此案，5月9日作出一审判决：确认被告泾阳县公安局传唤原告麻旦旦并限制其人身自由23小时的具体行政行为违法；确认被告泾阳县公安局对原告麻旦旦使用械具行为违法；确认被告咸阳市公安局委托医院对原告麻旦旦做医学鉴定的具体行政行为违法。自判决生效后10日内，被告泾阳县公安局向原告麻旦旦支付人身自由损害赔偿金74.66元；赔偿原告医疗费1 354.34元及误工损失费(误工费按每日25.67元计算，自2001年1月10日起，至本判决发生法律效力之日止)；驳回原告麻旦旦其他诉讼请求。

原告对一审判决不服，当庭表示要上诉。7月18日，咸阳市中级人民法院对此案开庭审理，认定：2001年1月8日晚，泾阳县公安局蒋路乡派出所以麻旦旦涉嫌卖淫为由将其口头传唤到派出所，到所后办理了传唤证。在麻旦旦不承认有卖淫行为的情况下，派出所聘用司机胡安定、民警王海涛、所长彭亮等人对麻旦旦有殴打行为，并用手铐将麻旦旦铐在所内篮球杆下，1月9日晚7时，麻旦旦被送回家。同一天，泾阳县公安局以嫖娼为由决定对麻旦旦行政拘留15天。2月9日，受咸阳市公安局委托，咸阳市第二人民医院对麻旦旦做了医学鉴定。

二审法院认为，咸阳市、泾阳县两级公安局的行政违法行为给麻旦旦造成了一定精神损害，泾阳县公安局应在其侵权范围内为麻旦旦消除影响、恢复名誉、赔礼道歉；麻旦旦提出的500万元精神损害赔偿的请求不符合国家赔偿法规定，请求公安机关在媒体上公开赔礼道歉也没有事实依据，不予支持。

遂判决如下：确认泾阳县公安局对麻旦旦讯问时使用械具并殴打、限制其

---

① 更加详细的介绍，崔丽：《“处女嫖娼”案受关注，专家称公安颠倒黑白是犯罪》，http://news.sina.com.cn/s/249061.html，访问时间：2004年7月1日。陈华南、秦风：《“处女嫖娼”案续：原告索赔金额升至500万》，http://news.sina.com.cn/s/187329.html，访问时间：2004年7月1日。雨腾：《荒唐处女嫖娼案昨日终审，麻旦旦告赢两级公安局》，http://www.people.com.cn/GB/shehui/44/20011212/624924.html，访问时间：2004年7月1日。《行政侵权能否适用精神损害赔偿》，载《北京青年报》，2001-07-31。

人身自由的行政行为违法;确认咸阳市公安局委托医院对麻旦旦做医学鉴定的具体行政行为违法;自判决书生效后10日内,泾阳县公安局支付麻旦旦违法限制其人身自由两天的赔偿金74.66元,赔偿麻旦旦医疗费1 671.44元,交通、住宿费669.50元,180天误工费6 719.40元,共计9 135元整。一审及二审诉讼费用360元由两级公安局承担。

3. 诉讼争点

本案争论的主要焦点在于被告应不应该给予原告精神损害赔偿?

原告认为,公安机关的荒唐裁决给其带来了巨大的精神痛苦和心灵损害,特别是对其名誉的损害是巨大的,使其无法在当地正常生活,因此,应当赔偿其这些损害。

即便是国家赔偿法上没有直接规定对精神损害的金钱赔偿,但是,由于派出所聘用的司机胡定安也参与了办案,因此,可以通过行政诉讼附带民事诉讼或者单独的民事诉讼来要求公安机关承担精神损害赔偿。

被告以国家赔偿法没有规定精神损害赔偿为由拒绝给予金钱赔偿。

二、法律问题

1. 这个案件备受公众、传媒和法学界关注的是国家赔偿中的精神损害赔偿问题,不论是普通老百姓对麻旦旦悲痛之极、瘫倒在地的不幸、而最终还是精神赔偿金一分钱都没得到的愤懑,还是出于学者对完善国家赔偿制度的理论关怀,都促使我们必须去思考,为什么国家赔偿法上没有金钱性的精神损害赔偿?

2. 对案中派出所聘用司机胡定安的责任是不是像人们所讲的可以行政诉讼附带民事赔偿?

3. 对案件中沸沸扬扬的"处检",难道真是市公安局的过错?还是制度性缺陷在麻旦旦案件中的"并发症"?

4. 对刑讯逼供行为造成的损害由谁举证?怎么举证?

三、研究与分析

1. 500万元的精神损害赔偿为什么不能实现?

在庭审中,原告方提出,作为一个19岁的姑娘,却被强迫承认卖淫,被以本不可能存在的嫖娼行为处以拘留,作为贞操观念极强的我国妇女,特别是生活在较为封闭的、完全是熟人社会的社区当中,原告受到的精神伤害是显而易见

的，是无可辩驳的。原告至今仍然患有严重的神经衰弱即是一个有力证明。依照我国民法通则和有关行政法规规定，原告应该获得精神赔偿。但是，被告泾阳县公安局认为，《国家赔偿法》（1994 年）没有相关的规定，因此对原告精神赔偿请求不能认同。[①]

的确，在这起荒唐的案件中，麻旦旦不但要忍受着因为个别警察的荒唐而给其肉体与精神带来的极度痛楚，还要“直面惨淡的人生”，忍受着邻里乡亲、公众舆论的指指点点、说三道四。当然，主流的舆论是充满了同情，但也有不乏流言蜚语，不是就有人说“镇上这么多理发店，派出所不抓别人为什么抓你呢，做了见不得人的事，还好意思闹”，“漫天要价”，“故意做戏”吗？要知道“众口铄金，销毁金石”啊！更为残忍的是，她和她家人受到的屈辱却在法律上得不到一丁点的金钱赔偿，更不要说那个 500 万元的索赔了。在现行的国家赔偿结构下，要想得到这方面的赔偿吗？那就必须由单纯的精神痛楚或者屈辱转变为真正的身体上的损害，真正的官能性损害，比如，变成精神失常或精神病。在案件审理中，因为受害者有无遭受“精神创伤”、创伤程度有多严重成了媒体与公众的关注焦点，也成为连法官也无法置之不理的问题，受害人一家万般无奈，曾在法庭上提出对受害者作“精神鉴定”的申请，但之后，又怕“她再也经受不起一点折腾了”，只能作罢。因此，关注该案的媒体不禁激愤地喊出“难道麻旦旦非得被折磨成个真的‘疯子’、‘精神病人’才能得到依法赔偿吗”？[②]

然而，像这样的情况，在西方很多国家都可以求得救济，比如英国，因为被告额外的动机（exceptional motives）、行为或方式加剧了对原告人格的无形损害，比如受侮辱、屈辱、悲痛（distress）、情感伤害（hurt feelings）等，要赔偿加剧的损害（aggravated damages）。像错误监禁（false imprisonment）、恶意指控（malicious prosecution）、殴打等警察违法行为，都可能产生这种赔偿。[③]

那么，我们在当初为什么没有在《国家赔偿法》（1994 年）中规定金钱性的精神损害赔偿呢？在我看来，其中的原因可能是，第一，当时对这个问题的社会需求并不迫切，至少历史的经历会给人这样的印象。经过十年动乱的波折之后，全国上下曾出现过大范围的拨乱反正、平反冤假错案的政治性活动，当时的新闻报道，以及“伤痕文学”、“文革”题材的影视作品当中，频频出现这样的场面，

---

① 周秦、雨藤：《“处女嫖娼案”二审庭审目击：麻旦旦瘫倒法庭》，http://news.sina.com.cn/s/2001-07-19/305787.html，访问时间：2004 年 7 月 1 日。

② 雨腾：《陕西泾阳县荒唐处女嫖娼案风波再起》，http://news.sina.com.cn/s/221332.html，访问时间：2004 年 7 月 1 日。

③ Cf. John Harrison & Stephen Cragg, *Police Misconduct: Legal Remedies*, Legal Action Group, 1995, pp. 194-195.

被摘掉“右派”或“反革命”帽子的同志认为党已经给他/她落实政策了,怎么能再接受补发的工资呢?还是把它捐献给党吧。恢复名誉、平冤昭雪比金钱、待遇更为可贵,这样的意识对人的观念影响不能说没有一定的惯性吧?那么对当时的立法会不会产生一定的影响呢?第二,用金钱方式来赔偿精神损害,会遇到一个审判技术上的难题,那就是赔多少算够?一万?十万还是一百万?似乎缺乏可操作性的客观衡量标准。[①] 第三,在当时可能立法者有一种错误的预期,以为国家赔偿法一出台,赔偿案件会大幅度攀升,造成国家财政的过重负担。

但是,现在反思起来,我们会发现,随着社会主义市场经济的建立,人们权利意识的增强,光靠赔礼道歉、消除影响、恢复名誉已远不能满足人们的要求,还必须表现为一定的货币形式。就连相对闭塞、落后的内地乡镇上的一个女孩都有着这样的要求,更不用说经济发达地区的人们了(我这样说,丝毫不带有贬义,我只是根据市场经济的影响程度做粗略的推断而已)。特别是 2001 年 2 月 26 日最高人民法院审判委员会第 116 次会议通过了《关于确认民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》,尽管这只是针对民事上的精神损害赔偿作出的,但是,从国家赔偿与民事赔偿的亲缘关系看,也为在行政赔偿中引进精神赔偿奠定了很好的基础,使金钱性的精神赔偿不再是“雾里看花”,而变成实实在在可以操作的东西。而且,考虑到我国传统文化背景以及司法体制等因素,“民告官”不说是“难于上青天”,也可以说是难度较大的,这个问题不太可能在很短的时间内解决,因此,即便加入金钱性的精神赔偿也不太可能给国家财政带来太大的负担。因此,我们可以满怀希望地说,在国家赔偿法中引进金钱性的精神赔偿,不再是,也不应该是遥远的梦想。[②]

2. 对胡定安的责任真能行政诉讼附带民事赔偿吗?

在本案中,胡安定的法律责任问题又是一个争论的焦点。原告方认为,胡作为一个根本就不具备执法办案资格的非警人员,直接参与了对麻旦旦的非法传唤、讯问,并造成严重后果。胡本人也承认,他在王海涛办公室的桌子上拿了手铐铐麻。由于胡与派出所是雇佣与被雇佣关系,其民事侵权行为应该由县公安局承担连带责任。但是,被告方认为,行政诉讼附带民事赔偿是行政法学界正在争议的焦点,将胡的侵权责任划到行政赔偿部分更能显示法律维护受害者的利益。[③]

---

① 在有关国家赔偿的权威著作中只提到这一个理由。参见应松年主编:《国家赔偿法研究》,85页,法律出版社,1995。但这是不是就是惟一的理由呢,我表示怀疑。

② 参见余凌云:《警察行政权力的规范与救济——警察行政法若干前沿性问题研究》,262～264页,北京,中国人民公安大学出版社,2002。

③ 雨腾:《疑云重重,陕西处女嫖娼案有七大疑问》,http://news.sina.com.cn/s/213646.html,访问时间:2004 年 7 月 1 日。

上面围绕着胡定安的责任之争，实际上是醉翁之意不在酒，不是单纯就想解决胡个人的责任问题，而是在于“山水之间”，是想让被告最终承担500万元的精神赔偿。就像有记者一针见血地指出的那样，由于我国现行有关行政法律没有对“精神赔偿”作规定，如果胡的侵权责任被划到行政赔偿范围，那么，麻旦旦的500万元天价精神索赔就于法无据。反之，则于情于理于法都有据可依。[①]这也就是为什么一提到让公安机关对胡的侵权行为承担行政赔偿责任，后者就立刻满口答应下来，这也的确表现出被告高超的应诉技巧。

那么，让公安机关为胡定安承担责任的基础是什么？这就要进一步分析胡在案件中的行为性质。的确，像大家所认同的，胡只是派出所聘用的司机，根本没有办案资格。而且，从已披露的材料中也没有发现派出所委托胡办案的证据，又由于行政法上的委托只能是明示的，不存在默示推定，因此，可以排除胡与派出所之间有行政委托关系。胡在案件中的角色，实际上是警察行政法上所说的单纯志愿者，也就是在没有任何法律或契约依据，以及警察机关组织的情况下，因单一临时事件的出现，而自发地执行警察的任务。类似的情形还很多，比如，在发生交通堵塞而交警又不在现场时，某公民挺身而出，疏导交通，当然就有着类似对特定多数人的一般处分（Allgemeinverfügung），有命令他人作为、不作为或忍受的举动，如果因为指挥不当，造成驾驶员互撞，那么，权利受到损害的人可不可以向国家请求赔偿？同样，像本案这样的情况，是要胡个人赔呀？还是让国家赔？行政法理论认为，由于单纯志愿者不是委托执行公务人员，其与相对人之间并不构成公法关系，因此，不产生国家赔偿问题。[②]换句话说，对单纯志愿者的侵权行为是无法寻求公法上的救济途径的。既然如此，那么，就必须放到私法上去解决胡的责任问题，甚至追究其刑事责任。[③]胡作为公安机关聘用的司机，与后者的关系显然是雇佣与被雇佣关系，对胡的侵权行为，可以根据雇主对被雇佣人的“选任和监督的过错”（culpa in eligendo & in custodiendo），确定公安机关的责任。[④]循着这样的路径，似乎也不见得不能追究胡及其雇主公安机关的精神损害赔偿，当然，这只是从私法救济的视角对整

① 雨腾：《疑云重重，陕西处女嫖娼案有七大疑问》，http://news.sina.com.cn/s/213646.html，访问时间：2004年7月1日。

② 参见李震山：《警察任务法论》，291～293页，台北，登文书局，1998。

③ 原告诉讼代理人在接受媒体采访时说，胡安定是一个不具备办案资格的聘用司机，但他却履行了被泾阳县公安局所认可的行政职务行为，泾阳县公安局仅对其作出辞退的处理未使其得到应有的惩罚。我们保留通过独立的刑事自诉程序主张对其进行相应的惩罚。雨腾：《坚持索赔500万元，处女嫖娼案将是一场“连环战”》，http://news.sohu.com/04/79/news145917904.shtml，访问时间：2004年6月30日。

④ 参见王利明：《侵权行为法归责原则研究》，277页以下，北京，中国政法大学出版社，1992。

个案件之中部分责任的切入,不可能解决整个案件的全部责任问题。换句话说,对案件中最主要责任的追究,也就是对王、彭等的侵权责任的追究必须寻求公法上的解决。对此,我们必须有较清醒的认识。

但是,在本案的处理上谈行政诉讼附带民事赔偿(诉讼)是极不妥当的,首先,从实在法上就缺乏依据,最高人民法院"关于执行《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的解释"(1999年11月24日经最高人民法院审判委员会第1088次会议讨论通过)第61条解释,仅确认了"被告对平等主体之间民事争议所作的裁决违法,民事争议当事人要求人民法院一并解决相关民事争议的,人民法院可以一并审理",换句话说,附带民事诉讼是有条件限制的,不适合本案的情况。[①] 其次,胡的责任与原告的诉讼请求属于完全不同的诉,在事实上采取公法与私法二元结构的中国,应当循着不同的救济途径解决,不能随随便便"一锅炖","眉毛胡子一把抓"。

据说,媒体组织的讨论中,一些学者和律师还认为行政诉讼附带民事赔偿正是我国行政法学及《国家赔偿法》发展的方向,换句话说,如果把不具备行政执法资格的胡安定在本案中所应该承担的法律责任,附带在该行政诉讼中,就标志着中国行政法学和国家赔偿法学的巨大进步。实际上,在我看来,这不但不是什么进步,恰好说明国家赔偿制度的悲哀,公法构造上的悲哀。

记得在英国历史上曾有一位叫戴雪(A. V. Dicey)的著名学者,因误解与英国一海之隔的法国的行政法与行政法院制度,强烈批判法国行政法院的存在是给官吏对抗私人的一系列特殊权利(special rights)、特权(privileges)或优越权(prerogatives),认为在英国,不论是官吏还是平民,所有的违法行为,如侵权,都放在普通法院审理,适用同样的普通法,这是英国法治(the rule of law)的特点与长处,比法国为庇护官吏、单独建立什么行政法要强得多,这样的见解影响了英国很长一段时间,极大地推迟了行政法在英国建立的时间表。之后,在后人的不断反思、澄清与批判中,英国人才真正弄明白法国的行政法不是行政官员的"庇护伞",恰好相反,是人民权利的"保障书",迄今法国的国家赔偿理论与实践始终处于世界领先地位,就足以证明这一点。[②]

然而,令我们极其不安的是,透过本案,我们发现,从某种意义上看,戴雪的批判恰好成了我们的现实,尽管我这样的评价可能过于严厉,以致不够准确、恰

① 有关附带民事诉讼的争议以及最高人民法院的态度,参见甘文:《行政诉讼法司法解释之评论—理由、观点与问题》,173~175页,北京,中国法制出版社,2000。李国光主编:《行政执法与行政审判参考》,152~153页,北京,法律出版社,2001。

② 关于戴雪法治理论及其对英国的影响,以及对其的批判,Cf. H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, *Administrative Law*, Clarendon Press, 1994, pp. 27-28.

当。但是,如果我们把公法救济制度与私法救济制度摆在一起比较,的的确确会发现前者的很多不足,而且是很不应该的不足。

既然我们已经承袭了满清末年以来法制现代化过程中仿效大陆法制度的结果,无法从根本上摒弃公法与私法的二元结构,那么,我们就必须不断完善公法上的各项制度,而不是把有些公法自身能够解决的问题挤压到私法上去解决,使“公法遁入私法”的现象愈发严重。这样的看法即便是在当今世界大陆法与普通法逐渐出现融合的趋势下,依然具有其现实意义。当然,也是在公法与私法逐渐融合的趋势之下,我们甚至可以考虑在赔偿问题上国家赔偿与民事赔偿的融合,或者更多地适用相同的规则。

3. 查处女膜干什么?

在媒体组织的讨论中,[①]以及在麻旦旦的诉讼请求中,一项很重要的内容就是认为咸阳市公安局“强迫”麻旦旦作“处女膜完整”医学鉴定行为违法,至少是没有权去做这件事,而且鉴定本身也与复议无关。一时间,可谓千夫所指。可是,随着时间的流逝,情绪化的东西慢慢减少,再回过头来认真地去反思这件事,特别是深入到制度层面去剖析它,或许会得出更加理性、对完善制度更加有益的结论。

单就该事件的起因看,根据有关的媒体报道,大体经过是,先是麻旦旦为了急于证明自己清白,尽快讨个公道说法,然后是公安局建议,或事实上强迫其再次“处检”,麻家人虽觉屈辱,但最终还是同意了麻旦旦“真金不怕火炼”的意见。那么,这么三番五次“处检”的目的是什么?在我看来,显然不是为了要推翻县公安局那个荒唐的嫖娼裁决,因为处罚对象(应是男性,却变成女性)的明显错误,该裁决的违法性已经是不言而喻的了。“处检”的目的实际上是为了进一步查明麻旦旦到底有没有卖淫,麻本人主动去“处检”,就是想证明在这方面她是清白的,既然卖淫了怎么可能是处女呢?!这样的论证的确掷地有声、铿锵有力。[②] 那么,既然麻旦旦提出了这样的申辩理由,复议机关理所当然地要去复核,要去查清楚到底“处检”结果是不是真实的。但这似乎已经偏离了麻旦旦要求的撤销以嫖娼为由的拘留决定的主题了,复议机关变成像派出所那样去审查麻旦旦到底有没有卖淫。然而,这样的调查活动又与复议有多大的关系?这是

---

① 具体讨论参见《众口评说“处女嫖娼案”怎么会只赔 74.66 元》,http://news.sina.com.cn/s/276423.html,访问时间:2004 年 6 月 30 日。

② 但是,据说现在又有了新的说法,有地方认为,“处女也可以卖淫”,理由是,“口交”“手淫”根据公安部的解释也属于卖淫。那么,“处检”的证据意义就不大了。还是必须回到问题的实质上来,证明是否有卖淫的事实。

不是复议要查清，而且必须查清的问题？循着这样进一步的追问，我们会发现问题其实并不出在复议机关身上，只是因为本案中麻旦旦的无辜、孱弱、痛楚、无助，以及查处女膜涉及非常敏感的个人隐私，而使得市公安局成为众口一词、口诛笔伐的对象。实际上，从根本上说市公安局是在为制度性缺陷“背着黑锅”，当着替罪羊。

在我看来，在行政复议制度的结构上始终存在着两种不同角色的内在冲突，一方面，行政复议是解决行政纠纷的内部机制，是一种行政裁判制度，因此，复议机关理应处于超脱的第三人的地位；但是，另一方面，行政复议又被当作二次裁决，是对案件的再一次处理，是一种新的行政行为，复议机关因而无法完全与案件脱离干系，实际上常常处于当事人的角色。

之所以当初有这样构造，其理论基础是，行政复议与行政诉讼不同，后者是建立在分权原则之上，法院对行政权的干预，只宜限于对行政行为的合法性进行判断，因此，其裁判者的身份基本上是贯彻始终的，相对超脱的。但是，行政复议不然。就像台湾学者指出的，诉愿机关（复议机关）如果像法院那样，把所有有问题的行政救济案件均发回原机关另为处分，将会“拖累权利获得实现之时间”，而且，由于诉愿机关（复议机关）为原处分机关之上级机关，且诉愿程序为广义之行政程序，诉愿程序可谓上级行政机关行使监督权之当然结果，诉愿审理机关本可自为决定，却常常发回原处分机关，造成诉愿程序几乎成为实质的“法律审”，无法达成迅速救济之目的。[①] 因此，在诉愿（复议）上很重视诉愿（复议）机关的自为决定。

大致也是基于这样的理论见解，在制度的建设上，大陆的行政复议法赋予了复议机关全面的和完整的变更权，对于《行政复议法》（1999 年）第 28 条第 1 款第（三）项的五种情形之一的，复议机关既可以行使撤销权，也可以行使变更权。至于到底作出哪种决定，复议机关就必须统筹考虑行政机关上下级之间的合理分工和行政效率等因素。

为了使复议机关自为决定能够落到实处，复议机关的职权调查主义就必不可少。在我国台湾地区，这种调查职权甚至可以大到不受当事人陈述以及调查证据之申请拘束，“新诉愿法”第 67 条第 1 项就明确规定：“受理诉愿机关应依职权或嘱托有关机关或人员，实施调查、检验或勘验，不受诉愿人主张之拘束。”在大陆地区，虽然《行政复议法》（1999 年）只在第 3 条第 2 项中笼统规定复议机构的职责之一是“向有关组织和人员调查取证，查阅文件和资料”，但是，从自为

---

① 参见吴庚：《行政争讼法论》，338 页，台北，三民书局，1999。转引自蔡文斌博士学位论文《行政诉讼先行程序研究》，190 页。

决定的要求看，至少要对案件的事实进行充分的调查，澄清有关争执，换句话说，就要在很大程度上扮演类似原行政机关的角色。假如复议机关决定要自为决定，而不是发回原机关处理的话，它就必须这么做。

因此，本案中，尽管麻旦旦申请行政复议的要求主要是撤销那个荒唐的嫖娼处罚裁决，这本也明摆着是违法的裁决，复议机关，以及众多的媒体、网民和学者也都以为，就只要作出撤销原拘留裁决的复议决定就可以了，何必要“画蛇添足”地去“处检”呢？但是，不要忘了，派出所是以卖淫为由传唤麻旦旦的，那么到底麻旦旦有没有卖淫呢？即便是撤销原处罚，发回县公安局重做，仍然也要去解决这个事实问题，更何况复议机关要自己弄清楚，而且它也有权要弄清楚到底有没有这回事。又由于麻旦旦提出了医院的“处检”结果，作为申辩其根本就没有卖淫的强有力证据，指责派出所完完全全搞错了，那么，对这样的证据是否真实、可靠，复议机关当然也有义务去核实。如果单从这点看，“处检”是没有问题的，尽管这样的结论对麻旦旦来说很残忍。当然，我这么说的前提是当事人同意“处检”，而不是强制性的，因为强制调查是以侵害被调查人的隐私权、人身自由、财产权利或营业自由等为代价的，毫无例外地都必须适用法律保留原则（Prinzip des Gesetzesvorbehalt），必须要有具体的法律依据，而强制“处检”却于法无据。[①]

但是，复议机关一旦决定自为决定，并且作出了变更原行政行为的复议决定，也就意味着原行政行为在法律上已经不复存在，取而代之的是复议机关的新的行政行为，当事人如果不服，就要以复议机关，而不是原行政机关为被告提起行政诉讼。（那么，复议机关撤销原行政行为，不也意味着后者在法律上的“死亡”，“活着”的只是复议决定，为什么又不以复议机关为被告呢？）但如此一来，因为与案件的处理结果有着利害关系，复议机关的中立性与超脱性将荡然无存，实践中不就有不少的复议机关因为怕当被告，该变更的，也不变更，宁可撤销发回重做或者维持，哪怕是拖累行政程序，哪怕“洪水滔天”、当事人寻死觅活！原先的理论设计被实践“撞了一下腰”，实践跟理论开了一个不大不小的玩笑！

4．对刑讯逼供行为造成的损害由谁举证？怎么举证？

在法庭调查时，麻旦旦声泪俱下地控诉蒋路派出所原所长彭亮等人如何对自己进行侮辱、殴打、逼迫其承认有卖淫行为的恶劣行径。其诉讼代理人也举证，麻旦旦被公安机关传唤前和传唤后判若两人，身心俱损，足以证明其在蒋路

① 关于行政强制调查的法依据问题，参见余凌云：《警察调查权之法律控制》，载《法律评论》，2002年春季刊。

派出所受到了人身伤害,也足以证明麻旦旦的叙述是客观真实的。麻旦旦在多家医院的治疗,也是其受到人身伤害的科学见证。[①] 被告泾阳县公安局却反驳说,该案发生后,县公安局纪委立刻组成了调查组,对涉案人员王、胡、彭作了调查笔录。但没有发现王、胡、彭三人对麻实施过殴打、辱骂、非礼。[②] 而且,进一步提出疑问,麻旦旦在被公安机关送回家中后(元月 9 日至 12 日),是否受到其它伤害(比如,自己伤害自己)?如果受到伤害,是不是会与以后的治疗有关系?[③]

上述争议涉及对最高人民法院“关于执行《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的解释”(1999 年 11 月 24 日经最高人民法院审判委员会第 1088 次会议讨论通过)第 27 条第 3 项解释如何理解与适用问题,该项解释是,“在一并提起的行政赔偿诉讼中,(原告应)证明因受被诉行为侵害而造成损失的事实”。这里有两个问题,其一,证明的范围仅是损失的程度与范围,还是也包括其与被诉行为之间的因果关系?其二,原告的举证到底是一种推进的责任(the duty of going forward in argument or in producing evidence),还是说服的责任(the persuasive burden)?现已付梓的权威著述对此都没有回答。[④]

其实,在我看来,在举证中损失及其与被诉行为之间的因果关系这两者是无法断然分开的,就像被告在辩论中提出的那样,你凭什么说伤害就一定是在派出所中造成的,而不是你原告自己扩大的?但是,考虑到刑讯逼供发生情境的特殊性,只有受害人和被指控的警察在场,很难找到目击证人,事后又要受害人去证明这样的因果关系,哪怕是最初步的联系,毫无疑问也是极其困难的,更不要说去说服法官接受你的观点主张了。

因此,我感到上述司法解释至少对于刑讯逼供造成的损害应当不尽适用,要加以限制,否则不利于行政诉讼和国家赔偿保护相对人合法权益之根本目的的实现。我以为,只要在受害人能够举出初步证据的情况下,就应当把诉讼的风险与不利益向被告身上推。本案二审法院能够确认殴打等情形存在,就颇值

---

① 周秦、雨藤:《“处女嫖娼案”二审庭审目击:麻旦旦瘫倒法庭》,http://news.sina.com.cn/s/2001-07-19/305787.html,访问时间:2004 年 6 月 30 日。

② 雨腾:《疑云重重,陕西处女嫖娼案有七大疑问》,http://news.sina.com.cn/s/213646.html,访问时间:2004 年 6 月 30 日。

③ 周秦、雨藤:《“处女嫖娼案”二审庭审目击:麻旦旦瘫倒法庭》,http://news.sina.com.cn/s/2001-07-19/305787.html,访问时间:2004 年 6 月 30 日。

④ 比如,甘文只是笼统地说,“在行政赔偿诉讼中,原告应当对其主张承担举证责任。”参见甘文:《行政诉讼法司法解释之评论—理由、观点与问题》,92 页,中国法制出版社,2000。李国光等学者只是换了一种表述,重复了上述司法解释的规定。参见李国光主编:《行政执法与行政审判参考》,247 页,北京,法律出版社,2000。

得赞许。

但是,把“烫手的火球”(诉讼理论上对举证责任风险的一个非常生动形象的比喻)推给警察机关之后,警察怎么来举证?凭什么来证明他是清白的,根本就没有殴打辱骂当事人?在英国,据说律师和警察都认为将讯问的过程录下来(录像或录音)的尝试是成功的,应当作为对嫌疑人的保护措施立即推广适用。[①]这样在讯问中有没有发生刑讯逼供,也就一“放”了然。但是,录音或录像是需要投资的,我在1999年访问英国爱塞斯警局时了解到即使在当时英国警局能做到这一点的也不多,何况我国公安机关普遍存在着经费不足,更是奢谈。况且,即使有了这种设备,在讯问时间以外的殴打仍然难以查明。看来迄今为止,我们仍然没有想出一个很好的折。但是,有一点却是可以肯定的,像本案纪委这样,事后向有关警察调查,要他们承认有刑讯逼供行为,恐怕是“与虎谋皮”,举证起来也会苍白无力。

二审宣判时,麻旦旦因病未出庭,她的父亲和姐姐对二审宣判结果不满意,表示要申诉,把官司一直打下去。[②] 她的律师也表示,将保留通过刑事诉讼附带民事赔偿、行政诉讼附带民事赔偿或独立的民事诉讼主张他们的诉讼请求,并且说,那将是一场“连环战”,持续的时间也将很长。[③] 这样的“连环战”可能还要打多久,我们不得而知,但是,我衷心地祝愿他们能像很多电视剧那样有个圆满的结局,并且希望本文的理论分析或许能够对他们有所帮助。[④]

① Cf. David Ashby, “*Safeguarding the Suspect*”, Collected in John Benyon & Colin Bourn, *The Police: Powers, Procedures and Proprieties*, Pergamon Press, 1986, p.187.

② 雨腾:《荒唐处女嫖娼案昨日终审,麻旦旦告赢两级公安局》,http://www.people.com.cn/GB/shehui/44/20011212/624924.html,访问时间:2004年6月30日。

③ 雨腾:《坚持索赔500万元,处女嫖娼案将是一场“连环战”》,http://news.sohu.com/04/79/news145917904.shtml,访问时间:2004年6月30日。

④ 本文在2004年7月再度修改之际,我从网上得知,麻旦旦已经“改名换姓”“快乐地落户上海”。

汇丰实业公司诉哈尔滨市规划局案*

目　　次

一、基本案情

1. 案件经过

1993年4月，哈尔滨市同利实业公司（以下简称同利公司）以需要翻扩建其所拥有的，位于哈尔滨市道里区中央大街108号（原138号）院内的2层楼房（院内原有两栋楼房，其中，临中央大街一栋为地下1层、地上3层，建筑面积1 678.21平方米；院内一栋为地下1层、地上2层，303.76平方米。两楼占地547平方米，土地使用面积1 031.60平方米）为由，向哈尔滨市规划土地管理局（1995年10月分立为土地管理局和规划局）提出翻扩建申请。

同年6月17日，同利公司与汇丰实业发展有限责任公司（以下简称汇丰公司）达成房屋买卖协议，签订了《房屋产权有偿转让协议书》，以人民币1 000万

* 本案例研究曾被收入胡锦光主编：《中国十大行政法案例评析》，162～192页，北京，法律出版社，2005。在本文的撰写中，王金峰帮助收集、整理有关资料，在此致谢。

元的价格将中央大街 108 号两栋楼房卖给了汇丰公司。汇丰公司付清了房款，交纳了房屋买卖有关契税费用，领取了房屋产权证。

同年 12 月 7 日，哈尔滨市规划土地管理局颁发 93(地)字 246 号建设用地规划许可证，同意同利公司翻建道里区中央大街 108 号楼，用地面积 339.20 平方米。1994 年 1 月 6 日，哈尔滨市规划土地管理局以哈规土(94 拨)字第 2 号建设用地许可证批准建设用地 211.54 平方米，建筑面积 680 平方米的 3 层建筑。同年 5 月 9 日，哈尔滨市规划土地管理局核发给同利公司 94(审)1004 号《建设工程规划许可证》，批准建筑面积 588 平方米。同年 6 月 24 日，同利公司与汇丰公司共同向规划土地管理局申请扩建改造中央大街 108 号楼。申请增建 4 层，面积为 1 200 平方米。

在尚未得到哈尔滨市规划土地管理局答复的情况下，汇丰公司依据同利公司取得的《建设工程规划许可证》，于 1994 年 7 月末开始组织施工。至 1996 年 8 月 12 日哈尔滨市规划局作出处罚决定时，汇丰公司将中央大街 108 号院内原有 2 层建筑(建筑面积 303.76 平方米)拆除，建成地下 1 层、地面 9 层(建筑面积 3 800 平方米)的建筑物，将中央大街 108 号临街原有 3 层建筑(建筑面积 1 678.21 平方米)拆除，建成地下 1 层、地面临中央大街为 6 层、后退 2.2 米为 7、8 层、从 8 层再后退 4.4 米为 9 层(建筑面积 6 164 平方米)的建筑物，两建筑物连为一体。

哈尔滨市规划土地管理局于 1994 年 9 月 14 日派员到施工现场检查并作“建设工程现场记实”。现场记实载明：“被检查单位是汇丰公司，建楼地址是中央大街 108 号，建设形象进度 7 层半。”同时还载明：“由于音乐厅上访(汇丰公司在施工中，相邻的哈尔滨市音乐厅因墙壁裂缝与汇丰公司发生纠纷)，该工程暂时停工”。同年 11 月 28 日，规划局作出哈规土罚字〔1994〕第 002 号行政处罚决定，责令汇丰公司：(1)限期补办手续；(2)处理好四邻矛盾，出现问题自负；(3)超建面积罚款处理；(4)罚款额 83 580 元。其后汇丰公司交罚款 33 580 元。

1995 年 4 月 7 日，规划局下达了哈规土〔1995〕第 36 号文件，以 1994 年 11 月 28 日哈规土罚字〔1994〕第 002 号行政处罚决定存在被处罚单位与建设单位不符为由，决定予以撤销并返还对汇丰公司的罚款。

1995 年 7 月 20 日规划局又下达哈城规罚决字〔1995〕第 018 号行政处罚决定书，决定处罚同利公司。责令同利公司：(1)将超层部分拆除 2 层半，保留 3 层；(2)保留部分给予罚款处理并要重新办理审批手续，补交各种税费。此决定因同利公司申明不是建设单位，不接受处罚，未实际执行。

1996 年 3 月 5 日，规划局下达〔1996〕哈城规监字第 1-1 号《停工通知书》，

汇丰公司不服该停工决定,于1996年3月18日向哈尔滨市人民政府申请复议,要求撤销停工通知和办理批准手续。哈尔滨市人民政府复议后,以哈政复决字〔1996〕2号复议决定维持规划局〔1996〕哈城规监字第1-1号停工通知。

1996年8月12日,哈尔滨市规划局作出的哈规罚决字〔1996〕第1号行政处罚决定中,责令汇丰公司:(1)拆除临街部分的5至9层,并罚款192 000元。(2)拆除108号院内地面8～9层,并罚款182 400元。汇丰公司不服上述处罚决定,向黑龙江省高级人民法院提起行政诉讼。

黑龙江省高级人民法院经审理后认定,哈尔滨市规划局处罚显失公正,对市规划局的具体行政行为予以变更,减少了拆除面积,变更了罚款数量。具体判决内容为:(1)撤销哈尔滨市规划局哈规罚字〔1996〕第1号行政决定中第一部分第1项和第2项的罚款部分;撤销第二部分第1项和第2项的罚款部分。(即拆除中央大街临街建筑部分的5、6、7、8、9层,拆除面积2 964平方米,罚款192 000元;拆除中央大街院内建筑部分8、9层,拆除面积760平方米,罚款182 400元);(2)维持哈尔滨市规划局哈规罚字〔1996〕第1号行政决定第一部分第2项的保留部分;维持第二部分第2项的保留部分(即中央大街108号临街建筑地下1层,地上1、2、3、4层部分予以罚款保留;中央大街108号院内建筑地下1层,地面1、2、3、4、5、6、7层予以罚款保留);(3)变更哈尔滨市规划局哈规罚字〔1996〕第1号行政处罚对该楼的拆除部分,变更部分为:该楼第七层由中央大街方向向后平行拆至3/2支撑柱;第八层从中央大街方向向后平行拆至第3支撑柱;第九层从中央大街方向向后拆至第4支撑柱;第7、8、9层电梯间予以保留,电梯间门前保留一个柱距面积通行道,对该违法建筑罚款398 480元。

市规划局不服一审判决,提起上诉。最高人民法院经审理后认为,原审判决认定事实基本清楚,适用法律、法规正确,驳回上诉,维持原判。

2. 诉讼过程

汇丰公司因不服哈尔滨市规划局1996年8月12日对其作出哈规罚决字〔1996〕第1号行政处罚决定,向黑龙江省高级人民法院提起行政诉讼。

黑龙江省高级人民法院经审理后认定,哈尔滨市规划局处罚显失公正,对市规划局的具体行政行为予以变更,减少了拆除面积,变更了罚款数量。

哈尔滨市规划局不服一审判决,遂向中华人民共和国最高人民法院提起上诉。最高人民法院经审理后认为,原审判决认定事实基本清楚,适用法律、法规正确,驳回上诉,维持原判。

3. 诉讼争点

在一审和二审过程中,原告(二审程序中为被上诉人)、被告(二审程序中是

上诉人)双方的诉讼争议点较为集中,即被告哈尔滨规划局对原告哈尔滨汇丰公司做出的哈规罚决字〔1996〕第1号行政处罚决定是否合法、适当。

原告(二审程序中为被上诉人)哈尔滨汇丰公司主要要求是,请求法院审查哈尔滨市规划局对其作出的哈规罚决字〔1996〕第1号行政处罚决定是否合法、恰当;保护其合法利益。

主要理由:哈尔滨规划局对当事人的合法申请存在拖延履行的情况;规划局针对同一违法事实先后作出两次不同的处罚决定,违反了“一事不再罚”原则;规划局行政管理过程中存在“同等情况不同等对待”的情况;哈尔滨市规划局哈规罚决字〔1996〕第1号行政处罚决定内容存在明显的滥用职权和显失公正问题。

主要事实:哈尔滨市规划局哈规罚决字〔1996〕第1号行政处罚决定。

主要依据:《黑龙江省实施(中华人民共和国城市规划法)办法》(1992年)第30条:“城市规划行政主管部门核发建设项目选址意见书、建设用地规划许可证和建设工程规划许可证,应当在接到申请之日起十五日内决定批准或不批准。情况复杂的,经上一级城市规划行政主管部门批准,可延长十五日,但不得对建设单位和个人刁难、勒卡。”

《中华人民共和国城市规划法》(1990年)第21条第3款规定:“省和自治区人民政府所在地城市、城市人口在一百万以上的城市及国务院指定的其他城市的总体规划由省、自治区人民政府审查同意后,报国务院审批。”该规划第120条本身就明确规定“本规定自国务院批准之日起实施”。现查明规划局提交的规划文本至今未经国务院批准,不具有法律效力。且是在汇丰公司建楼之后制定,不能作为对汇丰公司处罚的依据。

被告(二审程序中是上诉人)哈尔滨市规划局主要要求:请求法院确认其对哈尔滨汇丰公司作出的哈规罚决字〔1996〕第1号行政处罚决定合法、公正。

主要理由:汇丰公司违法建设工程,从来没有办理过规划审批手续,该违法工程破坏了中央大街的景观,严重影响城市规划,违反了城市规划法的有关规定。

主要事实:汇丰公司对中央大街108号临街楼房的翻建没有批准手续,未取得建设规划许可;汇丰公司建筑物遮挡中央大街保护建筑“外文书店”,影响中央大街景观;汇丰公司擅自将2层建筑扩建为7层半,超面积2 338平方米(实为2 388平方米)。

主要依据:《中华人民共和国城市规划法》(1990年);《黑龙江省实施〈中华人民共和国城市规划法〉办法》(1992年)。规划局确定了中央大街保护建筑“外文书店”为影响中央大街景观的参照标准。1986年经国务院批准的“哈尔滨市

城市总体规划”。1996 年 10 月规划文本,其中第十一章第三节第 77 条、第 79 条第 2 款、第 3 款有对中央大街建筑物的体量、高度的规定。

二、法 律 问 题

法院认为,哈尔滨市规划局对哈尔滨汇丰公司作出的行政处罚是显失公正,但事实上法院是采取什么样的审查标准和审查路径得出这样的结论呢?

三、研究与分析

哈尔滨汇丰公司诉哈尔滨市规划局一案的审理及其最终的结果,引起了社会各界特别是法律界的广泛关注。该案引人注目之处并不仅仅在于该案标的大、审判级别高、案件争议内容在当前社会生活中具有典型意义等,更重要的是在于审理该案的两级法院,特别是作为终审法院的最高人民法院最后作出的判决书中,其所阐述的判决理由明确地表达了在行政法上占有重要地位的“比例原则”之精神内容。这在我国司法审判实践中还是第一次。所以,本案被认为是我国行政法治引进“比例原则”的标志,将对我国行政法治建设,特别是对规范、控制行政机关行使自由裁量权方面起到重要而有益的作用。

但是,引起我们关注和思考的是,两级法院又都是以该行政处罚显失公正为由判决变更的,这是不是意味着上述判决的意义只是丰富了,或者说进一步阐明了《行政诉讼法》(1989 年)第 54 条(四)显失公正的内涵?假如从这样的层面引入比例原则,是不是恰当?下面我们就循着法院审判的路径进行一些分析与思考。

1. 法院是怎么阐述显失公正的?

根据《中华人民共和国城市规划法》(1990 年)第 37 条、第 40 条的规定①,哈尔滨市规划局有权对其辖区内的违法建设行为进行查处,并根据违法行为人的违法行为的性质、情节及该行为所造成的危害程度,作出相应的行政处罚决定。但是,上述规定却非常简单,对处罚的具体手段、处罚幅度等重要事项都没有明确的限制性规定,没有给出考量的具体标准。所以,规划局在对个案的处罚过

① 《中华人民共和国城市规划法》(1990 年)第 37 条规定:“城市规划行政主管部门有权对城市内的建设工程是否符合规划要求进行检查。被检查者应当如实提供情况和必要的资料,检查者有责任未被检查者保守技术秘密和业务秘密。”第 40 条规定:“在城市规划区内,未取得建设工程规划许可证件或者违反建设工程规划许可证的规定进行建设,严重影响城市规划的,由县级以上地方人民政府城市规划行政主管部门责令停止建设,限期拆除或者没收违法建筑物、构筑物或者其他设施;影响城市规划,尚可采取改正措施的,由县级以上地方人民政府城市规划行政主管部门责令限期改正,并处罚款。”

程中,需要根据情况,由自己来考虑选择恰当的处罚手段、确定合适的处罚幅度,其间的伸缩余地就非常之大。

本案诉讼过程中,当事人双方的争议点,集中在哈尔滨市规划局对汇丰公司做出的哈规罚决字〔1996〕第 1 号行政处罚决定是否合法公正。黑龙江省高级人民法院经过审理认为哈尔滨市规划局处罚显失公正,对市规划局的具体行政行为予以变更,减少了拆除面积,变更了罚款数量。最高人民法院在终审判决中维持了黑龙江省高级人民法院作出的判决。

那么,让我们感兴趣的是,判断一个行政处罚行为是否显失公正,其参照的标准是什么呢?法院将“显失公正”的行政处罚决定的内容予以变更,衡量其变更后的重新作出的内容是否公正的根据又是什么呢?对这两个问题的回答,实际上是对《行政诉讼法》(1989 年)第 54 条(四)的审判运用的追问。[①]

但令人遗憾的是,行政诉讼法本身,以及最高人民法院在有关的司法解释当中都没有进一步给出明确的具体规定。在学理上,有些学者倒是作了一定的探索,但却莫衷一是。比如,有学者认为“滥用职权”表现为:以权谋私、武断专横、反复无常、具体行政行为的方式违法、故意拖延;“显失公正”表现为:畸轻畸重、同样情况不同对待、反复无常。[②] 有的学者认为“滥用职权”表现为:因为不正当动机和目的支配致使行为背离法定目的和利益;因不合法考虑致使行为结果失去准确性;任意无常,违反同一性和平等性;强人所难,违背客观性;不正当的迟疑或不作为;不正当的步骤和方式。[③] 有的学者认为“显失公正”实质是由于不良的动机或认识上的某些错误,或者有恶意、恶感或偏见,使行政处罚违背了同等条件同等对待的原则。外在表现通常为畸轻畸重。使一般公正观念和一般判断能力的人都可以判断和认定其不公正。[④]

我国作为一个成文法国家,特别强调法官依法断案的重要性。法律的详细程度,直接影响到法官的审查能力。所以,上述法律规定的不明确性,使得法官们在审判实践中多少有点显得无所适从。并且,我国司法制度中因为没有“遵循先例”的制度,使得我们的法官缺乏对司法实际操作经验的制度性积累,缺乏对能够用来演绎判决案件的法律原则及其体现的精神的总结、理解及适用。[⑤]

---

① 关于行政诉讼上的显失公正与变更判决问题的更进一步的阐述,参见余凌云:《行政诉讼上的显失公正与变更判决》,载《法学家》,2004(5)。

② 罗豪才主编:《行政法学》,302～303 页,北京,北京大学出版社,2001。

③ 胡建淼主编:《行政违法问题研究》,300 页,北京,法律出版社,2000。

④ 姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,382 页,北京,北京大学出版社、高等教育出版社,1999。

⑤ 在普通法系国家的司法实践中,判例法上的遵循先例原则能够使一些司法经验和对较为抽象法律原则精神的解读,通过长期实践和反复适用,变成一种制度积淀,形成一些具有可操作性的审查标准。

这种情况下,法官在审判书中撰写判决理由时,也不得不使用一些同样模糊的词句。比如“某某行政行为明显超过了必要的限度”等等。这样的判决理由显得不缜密、不周全、不清晰。人们自然会追问:“限度”指的是什么?什么又是“必要的”?法院的判断标准是什么?同样是缺乏客观标准的主观判断,凭什么法院的司法自由裁量就能代替行政主体的行政自由裁量?审查标准的不确定,动摇了我们各种监督、审查制度发挥实际效用的基础,也是我国对自由裁量行为监督不利的原因之一。多年来,面对这种法律规定本身造成的制度性尴尬,整个立法、司法部门甚至行政部门本身以及行政法学界都一直在努力寻求突破困境的途径,以期找到一种能够恰当的、及时的控制行政自由裁量权,更好保护相对人合法权益的方法。

在本案中,法院使用的判决理由引起了人们的普遍关注。黑龙江省高级人民法院在判决书中认定,“……规划局确定了中央大街保护建筑‘外文书店’为影响中央大街景观的参照标准,就应以汇丰公司建筑物遮挡该书店多少,就决定拆除多少是正确的。经勘验规划局所作的处罚拆除面积超过遮挡面积,故对汇丰公司的违建行为处罚显失公正。”

最高人民法院在对上诉案作出的判决书中,这样表述道:“……本案可以是否遮挡新华书店顶部为影响中央大街景观的参照标准。规划局所作的处罚决定应针对影响的程度,责令汇丰公司采取相应的改正措施,既要保证行政管理目标的实现,又要兼顾保护相对人的权益,应以达到行政执法目的和目标为限,尽可能使相对人的权益遭受最小的侵害。而上诉人所作的处罚决定中,拆除的面积明显大于对遮挡的面积,不必要地增加了被上诉人的损失,给被上诉人造成了过度的不利影响。原审判决认定该处罚决定显失公正是正确的……”

我们看到,两级法院在判断规划局作出的行政处罚是否显失公正时,实际上是以行政机关在进行行政管理过程中保障行政目的的实现和保护相对人合法权益之间是否平衡,来作为判断标准的。法院要求,在实现行政目标的过程中,行政机关应当选择对相对人权益侵害最小的一种手段。正如最高人民法院在判决书中所说的那样,行政机关做出的行政处罚行为“既要保证行政管理目标的实现,又要兼顾保护相对人的权益,应以达到行政执法目的和目标为限,尽可能使相对人的权益遭受最小的侵害”。

2. 法院实际上采用的审查标准是比例原则

上述两级法院在判决中对显失公正的解释,实际上是借助了行政法学理论上被称之为“比例原则”的东西。“比例原则”的基本原理就是要求行政主体在实施行政管理,做出行政行为时,应当寻求行政目标的实现和保护行政相对人

的权益二者之间的平衡。

据考证,这种权力必须合比例的思想,最早可以上溯至1215年英国的"自由大宪章"(Magna Charta Libertatum)中关于犯罪与处罚应具有衡平性之规定,即人民不得因为轻罪而受到重罚。[①] 比例原则的现代渊源起始于19世纪末普鲁士最高行政法院在警察法领域的司法判决。[②]

从比例原则初显端倪之时起,就受到了报应正义与适当分配正义原则[the principles of retributive justice (*justitia vindicativa*) and of appropriate distributive justice (*justitia distributiva*)],以及自19世纪末稳步发展起来的自由主义国家观念(the notion of liberal state)的强烈影响。尤其是后者不再直接关注正义观念,而是建立在这样的前提之上,即法律必须服务于有用之目的,是适合于其欲达成之目标,必须最终在手段与实现预期结果的目的之间形成可计量的因果关系(a quantifiable causal relationship between means and ends aimed at achieving a desired result)。[③] 其后,在国家的契约理论,特别是宪政国家(constitutional state)、法治(the rule of law)以及宪法基本权利保障等理念的支持之下,逐渐提炼出具有客观规范性质的行政法上的比例原则(Grundsatz der Verhaltnismassigkeit),并进而扩展到宪法层面,成为具有宪法阶位的规范性要求,能够作为审查立法措施的合宪性标准。[④]

之所以会有这样的比例要求,是因为宪法赋予公民基本权利,其本身就已蕴涵着对抗国家权力对于自由领域的不当侵害与限制的意味,也就是预设了国家权力行使的例外和权力有限的内在思想,当国家行使公权力而与基本权利发生冲突时,就必须凭借某种审查标准来判断上述公权力的行使是否为宪法所允许,国家权力对公民权利侵害是否适度、合比例,在其间便要有比例原则(Grundsatz der Verhaltnismassigkeit)来发挥决定性作用,作为保护基本权利而

---

① 参见蔡宗珍:《公法上之比例原则初论—以德国法的发展为中心》,载(台湾)《政大法学评论》,第62期(1999年12月)。另见陈新民:《宪法基本权利之基本理论》,台北,三民书局,1996,"论宪法人民基本权利之限制"一文,特别是256页。

② Cf. Nicholas Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study*, London. Kluwer Law International, 1996, p. 23.

③ Cf. Jurgen Schwarze, *European Administrative Law*, Office for Official Publications of the European Communities and Sweet & Maxwell, 1992, pp. 678-679.

④ 这是以德国的经验为考察对象的。在瑞士恰好是反向发展,瑞士先是由宪法保障人民的"商业营业权"不受警察的过度侵犯开始,再向下蔓延成为对警察权力及其他行政权力之约束原理。参见陈新民:《宪法基本权利之基本理论》,273页,及注235。蔡宗珍:《公法上之比例原则初论—以德国法的发展为中心》,载(台湾)《政大法学评论》,第62期。

“加诸国家之上的分寸要求”。[1] 因此,比例原则不仅具有规范执法的重要意义,更是司法上据以审判的重要工具,其在行政法上的重要性也就不言而喻了。近年来,比例原则又有不断泛化的趋向,适用的领域也由侵害行政扩展到授益行政,由大陆法渗透到普通法之中,由行政法领域上升到宪法领域。

德国对比例原则的法释义学(Rechtsdogmatik)上的贡献最大,使该原则不再是抽象的法律原则,而是具有了规范性质,并可能进入司法层面进行操作。对该原则的最著名的、也是最通常的阐述为“三阶理论”(Drei-Stufentheorie),也称三项“构成原则”(Teilgrundsatze),即手段的妥当性(Geeignetheit),必要性(Erforderlichkeit)和法益相称性原则(proportionality in the strict sense)。[2]

(1) 妥当性(principle of suitability, Geeignetheit)

妥当性,简单地说,就是国家措施必须适合于增进或实现所追求的目标之目的(the state measures must be suitable for the purpose of facilitating or achieving the pursued objective)。[3] 从这个角度来控制行政措施,在英国法中大致是通过对不合法与不合理的审查来完成的。[4]

在行政法上,目的是由法律设定的,行政机关可以通过目的取向来选择能够达到预期效果的手段,(当然,如果手段也是法定的、惟一的,那么也就无从选择,这时就不是对行政行为是否合比例的评价,而是转变为对立法上有否遵守比例原则的评价了。)在这个过程中,必须结合当时所处的自然或社会环境,运用经验或学识,对手段运用的效果,甚至是否与相关法律目的相冲突等因素进行判断。[5] 这就使得对妥当性的判断具有了相当的客观性,而决不纯粹是行政机关自己的主观判断。

(2) 必要性(principle of necessity,Erforderlichkeit)

但是,光有上述妥当性,还不足以阻止对公民的不必要损害,因此,就有了必要性的要求。必要性是从“经验的因果律”来考虑诸种手段之间的选择问题,也就是要靠以往的经验与学识的累积,对所追求的目的和所采取的手段之间的

---

① 参见蔡宗珍:《公法上之比例原则初论—以德国法的发展为中心》,载(台湾)《政大法学评论》第62期。

② 在大多数我国台湾学者的著述中,都是指称“比例性原则”(principle of proportionality),或“狭义比例原则”,“比率原则”,是从德文直译过来的。但是,根据蔡宗珍博士的见解,译成“法益相称性”,更能体现德文“狭义比例原则”的特征,“收顾名思义之效”。参见蔡宗珍:《公法上之比例原则初论—以德国法的发展为中心》,载(台湾)《政大法学评论》,第62期。我亦以为然。

③ Cf. Jurgen Schwarze, op. Cit., p. 687.

④ Cf. Michael Supperstone QC & James Goudie QC, *Judicial Review*, Butterworths, 1997, p. 6, 45.

⑤ 参见蔡震荣:《论比例原则与基本人权之保障》,载(台湾)《警政学报》,第17期。又见蔡宗珍:《公法上之比例原则—以德国法的发展为中心》,载(台湾)《政大法学评论》,第62期。

相当比例进行判断，保证所要采取的手段在诸种可供选择的手段中是最温和的(mildest mean，das mildeste Mittel)、侵害最小的。这有点像美国法当中的“最小限制选择”原则(the prinicple of the “least restrictive alternative”)。所谓“最温和的”，是指该行政措施对当事人的法律地位的负面影响最小。

哈福克特(G. Haverkate)进一步阐释道，这不是指必需使用的措施，而是指在手段的选择上过度限制了自由(the excessive restriction of freedom involved in the choice of method)。[①] 也就是说，必要性更加关注的是由法定目的所界定的国家对公民自由干预的程度。

对此，詹林雷克(W. Jellinek)说了一句非常形象的比喻：“警察不能拿大炮打燕子”(the police ought not to shoot a swallow with a cannon)。迪泼罗克法官(Lord Diplock)也打比方说：“如果能用坚果钳的话，就决不能用蒸汽锤砸坚果”(You must not use a steam hammer to crack a nut，if a nutcracker would do)。我们俗话说的“杀鸡不用宰牛刀”，讲的也是这个道理。比如，对酒吧营业可能会引起的骚动(disturbance)，如果能通过规制其营业时间来解决，就不用处罚或者增加赋税的方法。[②]

但是，如果手段是惟一的，不存在选择的可能的话，对于执法来讲，也就不存在必要性问题。例如，德国 1952 年道路交通法规定，对于那些不适合持有驾照的人，警察应吊销其驾照。行政法院对该条款的解释是，保护公众免遭上述人员危险驾车带来的威胁，只能通过完全的吊销驾照(total withdrawal)来达到，因此，部分吊销驾照(partial withdrawal)是违法的。[③] 也就是说，在这里没有选择的余地。

(3) 法益相称性(the principle of proportionality *stricto sensu*)

目的与手段之间仅符合妥当性、必要性的要求还是不够的，因为行政行为的实施不可避免地会引起双方，甚至多方利益的冲突，比如，警察在街头使用枪支时，就涉及公共利益(排除违法犯罪行为对公共秩序与安全的危害)、警察个人利益(警察人身安全的保障)、第三人利益(行人、住家等的安全)、受违法犯罪侵害的人的利益以及枪械施加对象的利益(生命、健康权)之间的冲突问题，因此，必须在价值层面进行考量和权衡，就需要有第三个亚(次)原则。

法益相称性，也叫严格意义或狭义的比例原则，就是要求干预的严厉程度

---

① Cited from Jurgen Schwarze，op. Cit.，p. 687.

② Cf. Mahendra P. Singh，*German Administrative Law：in Commom Law Perspective*，Springer-Verlag Berlin Heidelberg，1985，p. 90.

③ Cf. Nicholas Emiliou，op. Cit.，p. 29.

与理由的充分程度之间要非常成比例(the seriousness of the intervention and the gravity of the reasons justifying it are in adequate proportion to each other),[①]要求以公权力对人权的“干涉分量”来断定该行为合法与否,要求在宪法的价值秩序(Wertordnung)内,对上述行为的实际利益与人民付出的相应损害之间进行“利益衡量”(Guterabwagung),使人民因此受到的损害,或者说作出的特别牺牲(Opfer)比起公权力由此获得的利益来讲,要小得多,要合算得多,是人民可以合理忍受的程度(Zumutbarkeit),否则,公权力的行使就有违法、违宪之虞。[②] 比如,仅仅因为外国人的轻微交通违章,就责令其限期出境,而不考虑其居留的时间长短,财产和社会综合状况,与其本国的联系(his contacts in his native land),以及长期以来的行为表现(overall behaviour)等因素,也同样违反了法益相称性。[③]

这种思想的出现,要比妥当性、必要性来得晚,大约是在二战后发展起来的。但是,在人权保障日渐重要的今天,从上述价值层面要求手段与目的之间的合乎比例,越发显得重要。不遵守法益相称性,将导致行政行为无效,如果行政机关明知或应当知道其行为违反该原则,那么还可能导致国家赔偿。

从德国行政法院的判例看,干预的性质及其涉及的基本权利保障领域的不同,法益相称性的要求也不太一样。比如,在经济规制领域要求就低些,只有在立法机关基于明显的错误前提,或者干预措施是不合理的、无益于公共利益,才存在违反法益相称性的问题。但像在贸易、职业选择自由等基本权利领域,行政法院认为,单靠“合理的”(reasonable)、“客观正确的”(objectively justified)、“重要的”(important)公共利益之理由,尚不足以限制基本权利,除非出于保护“极其重要的”社会利益(outstanding important community interests)之需要。

那么,怎么判断利益的轻重呢?法院的标准就是宪法的“客观价值秩序”(objective order of values)。后者是德国宪法解释的基本工具,就是将包括政府基本原则和基本人权在内的有关价值排成一个高低序列(a hierarchical order),其中最重要的是“自由民主基本秩序”(free democratic basic order)和“人的尊严”(human dignity)。并要求所有机关一体遵守之。

但是,这样的客观价值方法立即遭到严厉的批判,被指责为“价值专制”

---

① Cf. Nicholas Emiliou, op. Cit., p. 32.

② 以上关于比例原则的介绍,以及更加详尽的阐述,可以参阅以下文献,即,Nicholas Emiliou, op. Cit.. Jurgen Schwarze, op. Cit.. 陈新民:《宪法基本权利之基本理论》。蔡宗珍:《公法上之比例原则初论—以德国法的发展为中心》,载(台湾)《政大法学评论》,第 62 期。蔡震荣:《论比例原则与基本人权之保障》,载(台湾)《警政学报》,第 17 期。

③ Cf. Mahendra P. Singh, op. Cit., p. 91.

(tyranny of values),是一种把法官个人的价值观输入宪法的天真的方法(an ingenuous means for importing the personal values of the judges into constitutional law),云云。[①] 的确,单纯从审判的技术角度看,要想真正做到把案件中涉及的所有权益或者利益按照各自的重要性进行排队、权衡,实际上是很困难的,更不要说事先就抽象地排序。因为缺少很客观的衡量尺度,在有些情况下你很难说这个利益就一定比那个利益重要。说不定在这个案件中利益 A 比 B 重要,但在另一个案件中 B 却比 A 更具有法律优先保护的价值。

现在还有一种新的见解,就是荷兹(K. Hesse)建议采取可行性协调原则(the principle of practical reconciliation, *praktischer Konkordanz*)来解决两权冲突问题,把宪法保护的权利调和到"彼此都获得某种实现"的程度(each gains a degree of reality)。[②] 也就是说,当宪法保护的两种权利彼此发生冲突时,既不能用缺乏考虑的"利益权衡",甚至也不能用抽象的"价值衡量"来让一种权利优先于另一种权利的方法解决(Where conflicts arise, these must not be solved by giving one right precedence over the other either by means of an ill-considered "weighing up of interests"or even through an abstract "weighing up of values".)。相反,宪法的整体性原则要求去寻找双方都满意的解决方法(the principle of the unity of the Constitution requires that an optimal solution be found.),两种权利都必须受到某种限制,以最大限度地实现各自效率(optimise their effectiveness)。其中的界限怎么去划,在个案中必须成比例,不能超出协调两种权利所必需的程度。[③] 但这种观点也因为没有把对个人基本权利的保护放到更加突出的位置而受到批判。[④]

从表面上看起来,严格意义上的比例原则管得很宽,法院的权力很大,但实际上,该原则的适用范围与效力要受到一定的限制,具体表现为:第一,法院在判断某行政措施是否成比例时,一般更偏向于行政决定。只有当很明显不成比例时,法院才干预。第二,如果法律对某行政措施有详细的规定,那么即使该措施给当事人造成的损失明显地比社会的获益要大,法院也不干预它。

目前,我国现行法律中对比例原则尚无明文规定。但是,比例原则所体现的,公权力行使时目的和手段之间成比例的平衡,行政目标的实现和行政相对人权益的保障之间的成比例的平衡,采取适当的手段,使对行政相对人权益的

---

① Cf. Nicholas Emiliou, op. Cit., pp. 32-33. especially footnote 63.
② Cited from Jurgen Schwarze, op. Cit., p. 690.
③ Cf. Jurgen Schwarze, op. Cit., p. 690.
④ Cf. Nicholas Emiliou, op. Cit., p. 36.

侵害得以避免或降到最低限度的精神,在我国的一些相关法律、法规中还是有一定程度的反映和体现。比如,《行政处罚法》(1996 年)第 4 条规定:“行政处罚遵循公正、公开的原则。设定和实施行政处罚必须以事实为依据,与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当……”国务院颁布的《社会抚养费征收管理办法》(2002 年)第 3 条第 2 款规定:“社会抚养费的征收标准,分别以当地城镇居民人均可支配收入和农村居民年人均纯收入为计征的参考基本标准,结合当事人的实际收入水平和不符合法律、法规生育子女的情节,确定征收数额……”等等。

我国行政法学界已经有一些学者对比例原则进行了研究与阐述。[①] 在姜明安教授主编的《行政法与行政诉讼法》一书中,将比例原则列为行政法的基本原则之一。[②] 可以说,比例原则已经越来越多地引起我们法律界人士的关注。借鉴该原则的合理、有利因素,来完善我国的行政法制度,加强对行政自由裁量权的监督控制,对推进行政机关依法合理行政,切实保障相对人合法权益具有重要意义。正是在这个意义上,本案彰显了其具有的重要意义,开法院判决之先河。

在一审中,黑龙江省高级人民法院经过审理认为:“……汇丰公司现已建成的面积为 9 964 平方米的 9 层楼房,部分是违反建设工程规划许可的建筑,部分是未取得规划许可的建筑,应认定是违反《中华人民共和国城市规划法》的建设行为,应予处罚。……被告确定了中央大街保护建筑‘外文书店’为影响中央大街景观的参照标准,就应以汇丰公司建筑物遮挡该书店多少,就决定拆除多少是正确的。经勘验,被告所做的处罚拆除面积超过遮挡面积,故对汇丰公司的违建行为处罚显失公正。……被告规划局在 1994 年 11 月 28 日下达哈规土罚字〔1994〕第 002 号行政处罚决定时,汇丰公司建楼已达 7 层半。1996 年 3 月 5 日下达停工通知书时,该建筑已主体完工并开始装修。规划局没有依法履行职责,造成既成事实,给处理增加了难度。鉴于该案原告汇丰公司建楼系违法建筑,被告处罚显失公正,对规划局具体行政行为应予变更……”这个判决初步揭示出了“比例原则”的一些主要内容。

首先,哈尔滨市汇丰公司仅依据同利公司取得的《建设工程规划许可证》(只批准同利公司对中央大街 108 号院内楼房的改建 588 平方米的建设规划许可),就组织对位于哈尔滨市中央大街 108 号两栋楼房进行翻扩建施工,最终建

① 比如,范剑红:《欧盟与德国的比例原则——内涵、渊源、适用与在中国的借鉴》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》,2000(5);黄学贤:《行政法中的比例原则简论》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》,2001(1),等等。

② 参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,41～42,北京,北京大学出版社、高等教育出版社,1999。

成总面积为 9 964 平方米的 9 层楼房。这 9 层楼房一部分是违反建设工程规划许可的建筑，一部分是未取得规划许可的建筑。应当说，汇丰公司的行为违反了《中华人民共和国城市规划法》（1990 年）第 29 条、第 32 条的有关规定，[①]属违法行为。而哈尔滨市规划局根据《中华人民共和国城市规划法》（1990 年）第 37 条、第 40 条的规定，负有对其辖区内的有关城市规划、建设等事项进行有效管理的职责，有权对其辖区内发生的违法建设行为进行查处。规划局采取的手段（行政处罚）与其所要追求的法律上的目标（维护城市规划建设的合理秩序，促进城市规划与建设的健康发展，杜绝违法行为的发生）之间的关系符合妥当性原则的要求。在这一点上，规划局的行政处罚行为没有问题。

其次，案件中，规划局既然确定了中央大街保护建筑“外文书店”为影响中央大街景观的参照标准，当然就应以汇丰公司建筑物遮挡该书店多少，就决定拆除多少。经勘验，被告所做的处罚拆除面积超过遮挡面积。这就是说，规划局所作的行政处罚的程度，不是对相对人权益侵害最小的一种。规划局完全可以采用与参照标准（外文书店）相应的处罚程度，来达到其所追求的法律目的。所以，就这一点来讲，违反了必要性原则的要求。

在二审程序中，最高人民法院更加清晰、完整地阐述了比例原则的内容。最高人民法院在判决书中写道：“……诉讼中，上诉人提出汇丰公司建筑物遮挡中央大街保护建筑新华书店（原外文书店）顶部，影响了中央大街的整体景观，按国务院批准的‘哈尔滨市总体规划’中关于中央大街规划的原则规定和中央大街建筑风貌的实际情况，本案可以是否遮挡新华书店顶部为影响中央大街景观的参照标准。规划局所作的处罚决定应针对影响的程度，责令汇丰公司采取相应的改正措施，既要保证行政管理目标的实现，又要兼顾保护相对人的权益，应以达到行政执法目的和目标为限，尽可能使相对人的权益遭受最小的侵害。而上诉人所作的处罚决定中，拆除的面积明显大于遮挡的面积，不必要地增加了被上诉人的损失，给被上诉人造成了过度的不利影响。原审判决认定该处罚决定显示公正是正确的。原审判决将上诉人所作的处罚决定予以变更，虽然减少了拆除的面积和变更了罚款数额，但同样达到了不遮挡新华书店顶部和制裁汇丰公司违法建设行为的目的，使汇丰公司所建商业服务楼符合哈尔滨市总体规划中对中央大街的规划要求，达到了执法的目的，原审所作变更处罚并无不

① 《中华人民共和国规划法》第 29 条规定：“城市规划区内的土地利用和各项建设必须符合城市规划，服从规划管理。”第 32 条规定：“在城市规划区内新建、扩建和改建建筑物、构筑物、道路、管线和其他工程设施，必须持有关批准文件向城市规划行政主管部门提出申请，由城市规划行政主管部门根据城市规划提出的设计要求，核发建设工程规划许可证件。建设单位或者个人在取得建设工程规划许可证件和其他有关批准文件后，方可申请办理开工手续。”

当……"

从中我们可以看到,最高法院除了肯定黑龙江省高级人民法院认定的,哈尔滨市规划局作出的处罚决定中,"拆除的面积明显大于遮挡的面积,不必要地增加了被上诉人的损失,给被上诉人造成了过度的不利影响",不符合必要性原则的要求之外,还进一步指出,"规划局所作的处罚决定应针对影响的程度,责令汇丰公司采取相应的改正措施,既要保证行政管理目标的实现,又要兼顾保护相对人的权益,应以达到行政执法目的和目标为限。"法益相称性的思想跃然纸上。而且,采取的也是类似于荷兹(K. Hesse)所建议的可行性协调原则,在拆除违章建筑中,既实现行政机关的执法目的,"不遮挡中央大街保护建筑新华书店(原外文书店)顶部",又不让当事人付出过多的代价,从而达到双赢的效果。

这几乎是我国第一次在司法判决中明确地表达比例原则的思想。而且,最高人民法院将该案的判决书作为典型案例向社会公布,尽管这是最高法院推进"审判公开"的一个举措,但是其用意可能更包含了通过这种方式,为下级法院今后处理同类案件时,提供一种极具倾向性的"指导"思路。同时也是在向社会公众,特别是行政机关明确地"暗示"了司法机关审理有关行政自由裁量权案件时,对法律适用、诉讼结果的倾向性预测和态度。① 应该说,这是我国确立"比例原则",构建行政自由裁量权监督制约的有效机制和过程中迈出的重要一步。这既有助于司法机关对于行政机关滥用裁量权行为或显失公正的不当行为予以严格监督审查,有助于促进行政机关自身依法行政,更有助于保障行政相对人的合法权益。

3. 我们应该从什么层面上引入比例原则?

以往,之所以比例原则在我国行政法理论上没有得到确立,之所以我们没有很关注这个原则,很大原因是我们已经认同了合理性原则,并认为合理性原则已经能够很好地解决行政裁量的控制问题(这实际上是一种认识上的误区),所以,比例原则也就被无情地淹没在合理性的巨大阴影下,悄然无声。

按照教科书的说法,合理性原则的内涵大致有:(1)行政行为的动因应符合行政目的;(2)行政行为应建立在正当考虑的基础上;(3)行政行为的内容应合乎情理。"一般来说,具有不正当的动机(目的)、不相关的考虑或不合理的内容的行政决定,就是滥用自由裁量的决定,就是对法律精神的抵触。不正当的目的通常是指法律要求的行政目的以外的目的,或者指授权目的以外的目的。不

① 虽然在我国司法机关没有"遵循先例"的制度,严格地说,先前的判决对后来的审判不具有约束力,但实践中最高法院的"指导性意见"(可能通过各种方式作出,公布典型案例就是其中一种)对下级法院在处理同类案件还是具有极强的导向性作用。

相关考虑指采取行政行为时考虑了法律以外的条件。不合理的内容指行政决定内容不合规律、政策、道德常理。”[①]从这些内涵上看，其实，一般不大能够完全体现出比例原则的内容。如果不是存在着比例原则作为参照物，可能很难在实际审判中落实像妥当性、必要性与法益相称性这样的要求。但是，这不等于说，在合理性审查的具体理由的阐释上，甚至在审判的实际效果上不会出现某些与比例原则差不多的东西。比如，我们以往在解释《行政诉讼法》(1989 年)第 54 条(四)显失公正时，都会指出畸轻畸重的情形。所谓畸轻畸重实际上就是一种不成比例。

本案中，两级法院的解释方法实际上是在上述理论格局之中做了进一步的推进工作。上述两级法院都是把比例原则作为《行政诉讼法》(1989 年)第 54 条(四)显失公正的一个内涵，或者主要内涵来把握的。显失公正就是合理性审查的一个基本标准，[②]比例原则也是在丰富合理性审查的需求之下悄悄地引入。这样的处理路数，尽管有着强烈的实用主义色彩，也就是必须在现有的行政诉讼法结构与规定之中寻找比例原则的栖息之地，否则将使审判失去现实法律依据，但是，在我们看来却是不理想的。理由是：

首先，从增加、丰富不合理之内涵的角度来引进比例原则，其实是把合比例性的思想放在更加具体微观、实际操作的层面上来实现，降低了比例原则应有的普适性，特别是在比例原则已经具有了宪法阶位的重要意义，不仅对行政行为，而且能够对行政立法发挥重要作用的时候，这种引进的思路显然是不很妥当的。

其次，比例原则与合理性原则的审查角度是不同的，比例原则主要是考量目的与手段之间的关系，而合理性主要是考察在得出行政裁量决定的推理过程(process of reasoning)中有没有存在不适当的目的、不相关的考虑等等。从英国人的实践和理论研究看，比例原则的审查力度要比合理性审查来得高，而且不见得能完全取代合理性审查。所以，英国有不少学者建议，在保留原先的合理性审查的同时，将比例原则作为一个单独的司法审查标准引入英国。[③]

最后，从德国的经验看，比例原则也只是有效控制滥用自由裁量的诸多司法审查标准之一，其他的标准还有像不适当目的(improper purpose)、不相关考

---

① 参见罗豪才主编：《行政法学》，43 页以下，北京，中国政法大学出版社，1989。还有学者加上了行政执法程序正当的标准。参见傅国云：《再论行政执法的合理性原则》，载《法商研究》，1996(6)。但是，在我看来，既然合理性是审查的标准之一，那么，加上程序正当没有实质意义，因为在正当程序的要求下已经解决了程序的审查标准问题。

② 我始终认为，行政诉讼上的合理性审查就是一种合法性审查，是一种对实质合法性的审查。参见余凌云：《论行政法上的比例原则》，载《法学家》，2002(2)。

③ Cf. P. P. Craig, *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, 2003, pp. 630-632.

虑(irrelevant considerations)、平等对待(equality of treatment)等。[①] 而后面的那些标准实际上又多是合理性的内容。这种理论构造本身进一步说明了比例原则与合理性之间应该是并列的,不能完全彼此取代。

因此,比例原则与合理性之间的关系并不完全是重叠、包容,而更多的是交叉。既然如此,引进比例原则,应该把它作为与不合理相并列的司法审查标准,它们之间是并存的,是"共栖关系"。这能够为法官提供不同视角的、多样的审查方法。

① Cf. Mahendra P. Singh, op. Cit., pp. 92-96.

“亚鹏公司案”与行政协议*

目　　次

一、引　　言

2014年11月1日，全国人大常委会通过了《关于修改〈中华人民共和国行政诉讼法〉的决定》，其中一个重大突破，就是将学术上的行政契约（合同）改称“行政协议”（以下，混用），收入行政诉讼受案范围。2015年4月20日，最高人

* 张咏帮助收集、整理有关地方立法与合同范本资料，在此致谢。本文为“国家2011计划司法文明协同创新中心研究成果”。本文的主要内容曾以《行政协议的判断标准——以〈亚鹏公司案〉为分析样本的展开》为标题，发表在《比较法研究》，2019(3)。

民法院发布《关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称"适用若干问题的解释"),针对行政协议特性,用 7 个条款做了专门解释(第 2 条(六)、第 11 条至第 16 条)。[①] 新法自 2015 年 5 月 1 日起施行。

行政契约,很多学者偏好称之为行政合同,几乎不被民商法学者认同。在我国,民法强劲,合同理论又迎合世界潮流,几经公法洗礼,已呈现明显的私法公法化趋势。很多在法国传统上一直视为行政合同的契约,在当下中国早已能够用民法、民事诉讼妥善解决。在这样的情境下,要想证成行政契约,说服民商法学者,实属不易。因此,此番立法,尽管踉踉跄跄,至少让我们满意的是,无论在理论上,还是实践上,行政契约都已不再是一个问号了。随着新法的实施,我们对它的属性、特征、运用规律、审判技巧一定会有更深入的认识。

但是,学术史上却又多了一次无可奈何的遗憾,用了一个陌生的法律术语替换了一个约定俗成的学术术语。据说,之所以弃用"行政合同",是为了避讳民事合同与《合同法》。但是,在以往的行政法研究上,行政协议是有特指的,专指行政主体之间签订的协议。[②] 不延续早已约定俗成的术语,不是立法的强势,反衬出立法的任性、软弱。这种咬文嚼字,纯属义气之争。无奈木已成舟,行政法教科书恐怕也只好随之变换术语。其实,在我看来,"合同"之前加上"行政"限定,就与民事合同划清了界限。

2015 年 10 月 22 日,最高人民法院发布了"人民法院 2015 年度十大经济行政典型案例"。在"典型意义"一栏上,对"萍乡市亚鹏房地产开发有限公司诉萍乡市国土资源局不予更正土地用途登记案"(以下简称"亚鹏公司案")的介绍是,"本案是涉及行政协议的典型案例"。2016 年 12 月 28 日,最高人民法院发布第 15 批指导性案例,又收录了本案,即编号为第 76 号的"萍乡市亚鹏房地产开发有限公司诉萍乡市国土资源局不履行行政协议案"。[③] 有意思的是,该案是 2014 年 4 月 23 日一审判决,同年 8 月 15 日二审判决,[④]都在新法实施之前。这种刻意的挑选与措辞让我们有理由相信,在最高人民法院看来,这起案件比较贴切新法规定的行政协议,可以用来阐释有关法律规定,注释有关司法解释,尤

---

① 2017 年 11 月 13 日由最高人民法院审判委员会第 1726 次会议通过了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》(法释〔2018〕1 号),2018 年 2 月 8 日起实施。其中第 163 条第 2 款废止了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(法释〔2015〕9 号),但是,后者的主要内容被吸收到即将发布的最高人民法院关于行政协议的司法解释之中。

② 参见刘莘:《行政合同刍议》,载《中国法学》,1995(5)。叶必丰:《我国区域经济一体化背景下的行政协议》,载《法学研究》,2006(2)。黄学贤、廖振权:《行政协议探究》,载《云南大学学报》,2009(1)。

③ http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-34332.html,访问时间:2017 年 11 月 5 日。

④ http://wenshu.court.gov.cn/content/content?DocID=8eeaddd0-59d7-4910-b5da-21fd6b091df6&KeyWord=萍乡市亚鹏房地产开发有限公司诉萍乡市国土资源局不予更正土地用途登记,访问时间:2016 年 3 月 31 日。

其是其中的一些审判理路对基层法院能够起到指导作用。

所有这些,更为深刻的意义,可能还在于表明了最高人民法院的态度转向,用典型案例、指导性案例推翻了先前的司法解释、案由规定,[①]国有土地使用权出让合同(以下简称“出让合同”)不再是民事合同,也不再由民庭管辖,而是行政协议,今后由行政庭审理。这无疑是一种积极的姿态,将行政诉讼法修改过程中遗留的有关争议,以及混乱的实践,迅速做个决断,进一步扩大了行政协议的种类范围。

为便于讨论,我摘抄了本案的一些重要事实,[②]列表如下(见表 6-1),对于本案的案情也就不难知晓了。

表 6-1　亚鹏公司案的基本事实

2004 年 1 月 13 日	萍乡市土地收购储备中心受萍乡市肉类联合加工厂委托,经市国土局批准,公开挂牌出让 TG-0403 号地块国有土地使用权。开发用地为商住综合用地,冷藏车间维持现状。
2004 年 2 月 12 日	亚鹏公司通过投标竞拍,竞得该宗土地使用权,萍乡市土地收购储备中心与亚鹏公司签订了挂牌出让成交确认书。
2006 年 2 月 21 日	亚鹏公司与市国土局签订了《国有土地使用权出让合同》,合同约定:出让宗地的用途为商住综合用地,冷藏车间维持现状。
	亚鹏公司按合同约定向市政府的财政部门交纳了土地出让金、管理费、契税等。
2006 年 3 月 2 日	市国土局向亚鹏公司颁发了“萍国用〔2006〕第 43750 号”和“萍国用〔2006〕第 43751 号”两本国有土地使用证,其中“萍国用〔2006〕第 43750 号”土地证载明地类(用途)为工业;“萍国用〔2006〕第 43751 号”土地证载明地类为商服、住宅用地。
	亚鹏公司认为“萍国用〔2006〕第 43750 号”土地证登记的地类(用途)为工业有误。多次向市国土局反映,要求其将“工业”更正为“商住综合”。
2012 年 4 月 23 日	市国土局明示不同意更正,亚鹏公司为此提起行政诉讼,后撤诉。
2003 年 10 月 8 日和 2012 年 7 月 4 日	萍乡市规划局两次出函称:出具规划条件中已明确了该地块用地性质为商住综合用地(含冷藏车间),但冷藏车间维持现状性质。根据该地块控规,其用地性质为居住(兼容商业),但由于地块内的食品冷藏车间是目前我市唯一的农产品储备保鲜库,也是我市重要的民生工程项目,因此,暂时保留冷藏库的使用功能,未经政府或相关主管部门批准不得拆除。

① 在《关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释〔2005〕5 号)、《最高人民法院关于修改〈民事案件案由规定〉的决定》(法释〔2011〕41 号)中,国有土地使用权出让合同都是按照民事合同处理的。

② 亚鹏公司案的一审判决书、二审判决书,请看,http://wenshu.court.gov.cn/Content/Content?DocID=61a7eb02-6ea4-4472-93f5-8299e0f63b1c,http://wenshu.court.gov.cn/content/content?DocID=8eeaddd0-59d7-4910-b5da-21fd6b091df6&KeyWord=萍乡市亚鹏房地产开发有限公司诉萍乡市国土资源局不予更正土地用途登记,访问时间:2016 年 4 月 3 日。

续表

2013 年 2 月 21 日	市国土局向亚鹏公司作出书面答复：一、根据市规划局出具的规划条件和宗地实际情况，同意将冷藏车间用地的土地用途由工业用地变更为商住用地。二、由于取得该宗地中冷藏车间用地使用权是按工业用地价格出让的，根据《城市房地产管理法》之规定，土地用途由工业用地变更为商住用地，应补交土地出让金。三、冷藏车间用地的土地用途调整后，其使用功能未经市政府批准不得改变。
2013 年 3 月 10 日	亚鹏公司不服，向法院起诉，要求判令撤销上述答复的第二项，认为该宗地块拍卖时是商住综合用地整体拍卖，原告已按成交价全部支付了相关费用，不存在再补交出让金。之后又撤诉。
2013 年 7 月 10 日	亚鹏公司公司再次向法院起诉，请求判令市国土局将国有土地使用证上的地类用途由工业用地更正为商住综合用地，并撤销补交土地出让金的决定。
2014 年 4 月 23 日	一审判决，责令市国土局依法予更正，并撤销补交出让金决定。
2014 年 6 月 17 日	市国土局不服上诉。
2014 年 8 月 15 日	二审判决驳回上诉、维持原判。

在中国法院网上，该案是编排在“典型案例”“指导案例”之中，都是“对各级法院法官审理类似案件，提供参照标准”。在对该案“典型意义”的评述中，强调了三点：第一，“行政协议是行政机关为实现公共利益或者行政管理目标，在法定职责范围内与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议。”第二，“当出现争议时，如本案中双方当事人对合同中有关‘冷藏车间维持现状’条款产生不同理解时，行政机关不得随意作出不利于行政相对人的解释。”[①]第三，“行政机关在职权范围内对行政协议约定的条款进行的解释，对协议双方具有法律约束力，人民法院经过审查，根据实际情况，可以作为审查行政协议的依据。”[②]

在我看来，首先，上述第一点是最高人民法院对行政协议的解释。解释之中自然隐含着判断标准，需要我们逐一提炼出来，并做进一步评判。本案涉及的是国有土地使用权出让合同，在属性上就颇有争议，一审、二审法院却避而不谈。我们也不妨拿它作为测试的样本，检验一下最高人民法院解释的判断标准。我们将会有怎样的发现呢？能不能从中耙剔出最本质的标准，并做有价值的解释性建构呢？其次，第二、三点最为重要，是想揭示出对行政协议的审查不同于民事合同的理路，以及救济效果的差异。这是为了进一步证成行政

① http://www.chinacourt.org/article/detail/2015/10/id/1730838.shtml，访问时间：2016 年 3 月 31 日。

② http://www.court.gov.cn/shenpan-xiangqing-34262.html，访问时间：2017 年 1 月 4 日。

协议，为上述判断标准提供进一步的脚注。从本质上看，行政协议的判断标准就是其与民事合同的差别，从形式到实质上的不同。对于一向视为行政优益权的解释权之争，公法的审查路径与方式是否优于私法，便成为一个重要的证成方法，判别行政优益权能否作为行政协议之判断标准的一块试金石。那么，本案是不是一个理想的例证呢？在本文中，我将循着这样的思路展开批判性分析。

二、合同属性有待阐释

亚鹏公司案涉及的是国有土地使用权出让合同的纠纷。但是，这类合同算不算行政协议？《行政诉讼法》(2015 年)第 12 条(十一)没有提及。“适用若干问题的解释”第 11 条第 2 款对行政协议的列举，基本上是重复了《行政诉讼法》(2015 年)第 12 条(十一)的规定，包括政府特许经营协议、土地、房屋等征收征用补偿协议等。因为法官们理解上述第 12 条(十一)中的“等”，是“等外等”，“除了列举的两类行政协议，还包括其他行政协议”，所以，增加了“其他行政协议”，却没有抓住起草司法解释的时机做进一步的扩展列举。[①]

对出让合同刻意回避的原因，一位法官分析道，在新行政诉讼法实施前，“国有土地使用权出让合同纠纷案件都是通过民事诉讼途径进行司法救济的”。有关法律与司法解释都体现了“典型的民法原则”，“定性为民事合同，不能说没有相应依据”。[②]

在民商法学者看来，出让合同的民事属性早有定论，现在仅因其含有某些公法因素，就要改换门庭，这很难接受。比如，崔建远教授就认为，“在一份合同关系中同时存在行政性质与民商法律关系的属性的情况下，对该合同的定位应该看哪种性质处于更重要的地位，更起主导作用”。如果在一个合同之中，“显

---

① 其中的原因，负责起草该司法解释的两位法官江必新、梁凤云没有给出解释。但是，他们在著述中都明确肯定了国有土地使用权出让合同、国有资产承包经营、出售、租赁合同等都属于行政协议。参见江必新、梁凤云：《最高人民法院新行政诉讼法司法解释理解与适用》，116～125 页，北京，中国法制出版社，2015。参见梁凤云：《行政协议案件的审理和判决规则》，载《国家检察官学院学报》，2015(4)。

② 《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》(1990 年)第 11 条明确规定：“土地使用权出让合同应按照平等、自愿、有偿的原则，由市、县人民政府土地管理部门与土地使用者签订”。“平等、自愿、有偿”是典型的民法原则，民法原则调整的理应是民事行为。《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释〔2005〕5 号)也是依据“《民法通则》《合同法》等法律规定，结合民事审判实践”制定的。参见李福忠：《新行政诉讼法确立的行政协议诉讼制度初探》，载《山东审判》，2015(4)。

然是民商法律关系更多、更居于主导地位,因而应将它们定位在民商法上的合同。但同时不应忽视其中的行政色彩,对于行政属性的部分,应该适用行政法律规范。这非常类似于因立法技术的缘故使民法典里含有某些刑法规定。我们不可能因民法典里含有的某些刑法规定就把民法典定位在刑法典上”。所以,他明确指出,“不同意因国有土地出让合同、财政支农周转金借贷合同中含有行政主体的特别权力而把它们定位于行政合同的思维”。①

照理来讲,法院要将亚鹏公司案作为一起行政案件来审理,首先就应当直面上述质疑,对出让合同的性质做一番分析和判断,定分止争。但是,一审、二审法院避而不谈。我们也不清楚当事人是否提出过异议?是否有过庭上庭外的解释沟通?至少在判决书上没有载明。但不分析合同属性,不仅暴露了法院判决的说理不够,这也会让一个很重要的理论问题,也是一项必备的审判技巧偷偷地溜过去。

我曾私下请教过该案的主审法官——江西省萍乡市中级人民法院行政庭副庭长李修贵,他的解释是,“当事人提出的诉讼请求是责令行政机关履行法律职责”,包括:第一,“请求判令被告将萍国用〔2006〕第43750号国有土地证的地类用途由‘工业’更正为商住综合用地”,第二,“依法撤销被告答复中关于要求原告补交出让金208.36万元的决定”,这些诉求都具有很明显的行政法性质,单个地看,都可视为一个个独立的行政行为,当事人也没有提及合同纠纷,所以,法院就“直接作为行政案件,放到行政庭审理了”,对出让合同的法律属性“也没有多想”。

这是以往行政审判中常见的处理方式,②一些法官和学者也认为,“行政协议是一个系列行政行为”,③本质上是“协议性行政行为”。④ 一方面,这似乎化繁入简,让问题迎刃而解,“将行政协议分解为若干独立的行政行为,按照行政诉讼的规则去审理、判决行政协议纠纷案件,也就没有多少困难了”。⑤ 但是,另

---

① 参见崔建远:《行政合同之我见》,载《河南省政法管理干部学院学报》,2004(1)。

② 比如,“王保明与扬中市八桥镇人民政府不履行法定职责二审行政判决书”(〔2015〕镇行终字第00152号)中,“上诉人要求增加审查双方签订的拆让协议的性质,是属于行政协议还是民事协议”,二审法院认为,“由于上诉人在一审中的诉讼请求是判令被上诉人为上诉人办理国有土地使用权转让的法定职责,故对上诉人提出的增加审查上述部分内容的请求,本案不予理涉”。

③ 参见郭修江:《行政协议案件审理规则——对〈行政诉讼法〉及其适用解释关于行政协议案件规定的理解》,载《法律适用》,2016(2)。

④ 参见王学辉:《行政何以协议——一个概念的检讨与澄清》,载《求索》,2017(12)。

⑤ 参见郭修江:《行政协议案件审理规则——对〈行政诉讼法〉及其适用解释关于行政协议案件规定的理解》,载《法律适用》,2016(2)。

一方面，也让人颇为困顿，既然与合同有关的行政权行使可以单独切割出来，[①]那么，还要行政契约干什么？在我看来，亚鹏公司案从本质上是一个行政契约纠纷，因为行政机关没有按照合同约定的方式行使行政权，至少在当事人看来，是这样的。那么，为什么不能将合同约定的行政权行使和合同纠纷切割开呢？这是因为，合同缔结之后，行政机关应当怎样行使行政权，不仅要遵循依法行政原则，也要受合同拘束。如果依法行政要求与合同约定发生冲突时，应当让依法行政胜出，然后再解决合同责任。所以，在这类纠纷中，法院不能仅微观地解决行政权行使的合法性判断问题，还必须回答合同是否有效，是否还必须继续履行下去，以及有关的违约责任。这是其一。其二，行政机关为何不依照合同约定行使行政权，有时可能涉及当事人行为不当或者不遵守合同在前。法院不能无视这些问题，必须一并进行审查，做出综合判断。这种双向审查方式，显然不同于对行政行为的单向性审查。

因此，无论是新行政诉讼法、司法解释还是本案都没有解决国有土地使用权出让合同是否为一种行政协议，最高人民法院将本案收入“人民法院 2015 年度十大经济行政典型案例”、第 15 批指导性案例，也仅具有宣示性效果，并没有从理论上、从解释学上真正解决这个问题。因此，我们还必须补上这个论证过程，其实质是在进一步阐释、澄清行政协议的判断标准及其运用。

三、不很成功的地方立法解释

我们之所以会不假思索地认同出让合同是一种行政协议，这或许是长期以来，行政法理论上已经将这一合同形态纳入了行政契约范畴，并产生了广泛影响。不少地方行政程序立法，如湖南、兰州，是在行政法学者的直接参与下制定的，不仅对行政合同做出解释，也将出让合同胪列在行政合同的种类之中。各地立法又少不了互相取经。上述影响便向更大范围扩展开去，司法也不可能不受波及。

我们在北大法宝中搜寻有关“行政合同”“行政协议”的地方性法规、规章，

---

① 在实践中还存在着另一种拆解方式，也就是撇开合同的属性不论，仅识别争议的属性，如果属于民事争议，就按照民事诉讼处理，比如，“北京北方电联电力工程有限责任公司与乌鲁木齐市交通运输局其他合同纠纷二审民事裁定”(〔2014〕民二终字第 40 号)，法院认为，“有关回购原因的行政行为与回购争议本身相互独立，北方公司对终止《BOT 协议》之前的相关行政行为并无异议。根据北方公司诉讼请求及一审查明的事实，双方争议的回购款依据问题，不涉及具体行政行为，北方公司本案亦未针对具体行政行为提出相关诉求。故本案不属于行政诉讼受案范围”，“各方当事人在回购款的支付问题上，处于平等的法律地位，不能排除民事法律规范的适用。北方公司起诉符合民事诉讼法关于受理条件的规定，应予受理”。

共得到22个结果。在中国法院的“法律文库查询”专栏,以“行政合同”“行政协议”为关键词查找地方性法规、规章,获得11个结果。排除仅泛泛提及“行政合同”字样的法规、规章以及重复、无效结果后,有12个地方人民政府规章对“行政合同”的概念做了规定,其中9个还具体列举了行政合同的种类(见表6-2)。①

表6-2 地方行政程序立法中的有关规定

规章名称	行政合同概念界定	行政合同的种类
《湖南省行政程序规定》(2008.4.17)	行政机关为了实现行政管理目的,与公民、法人或者其他组织之间,经双方意思表示一致所达成的协议	(一)政府特许经营;(二)国有土地使用权出让;(三)国有资产承包经营、出售或者出租;(四)政府采购;(五)政策信贷;(六)行政机关委托的科研、咨询;(七)法律、法规、规章规定可以订立行政合同的其他事项
《山东省行政程序规定》(2011.6.22)	行政机关为了维护公共利益,实现行政管理目的,与公民、法人和其他组织之间,经双方意思表示一致达成的协议	(一)政府特许经营;(二)国有自然资源使用权出让;(三)国有资产承包经营、出售或者租赁;(四)公用征收、征用补偿;(五)政府购买公共服务;(六)政策信贷;(七)行政机关委托的科研、咨询;(八)计划生育管理;(九)法律、法规、规章规定可以订立行政合同的其他事项
《西安市行政程序规定》(2013.3.25)	行政机关为了实现行政管理目的,与公民、法人或者其他组织,经双方意思表示一致所达成的协议	无
《海口市行政程序规定》(2013.6.7)	行政机关为了维护公共利益,实现行政管理目的,与公民、法人或者其他组织之间,经双方意思表示一致达成的协议	(一)特许经营;(二)国有土地使用权出让;(三)行政机关、事业单位的国有资产承包经营、出售或者出租;(四)政府采购;(五)政策信贷;(六)行政机关委托的科研、咨询;(七)行政机关与企业的战略合作;(八)法律、法规、规章规定可以订立行政合同的其他事项
《邢台市行政程序规定》(2013.10.18)	行政机关为实现行政管理目的,与公民、法人或其他组织之间,经协商一致所达成的协议	(一)政府特许经营;(二)国有土地使用权出让;(三)国有资产承包经营、出售或出租;(四)政府采购;(五)政策信贷;(六)行政机关委托的科研、咨询;(七)行政机关与企业的战略合作;(八)法律、法规、规章规定可订立行政合同的其他事项

① 据报道,我国已经制定十二部地方行政程序规定,均以政府规章和行政规范性文件的形式出现。《省市县三级已出台12部地方行政程序规定》,http://news.xinhuanet.com/politics/2015-11/26/c_128471785.htm,访问时间:2016年9月5日。

续表

规 章 名 称	行政合同概念界定	行政合同的种类
《凉山州行政程序规定》(2013.10.28)	行政机关或者其授权机构为了实现公共利益的目的,与公民、法人或者其他组织之间,经双方意思表示一致所达成的协议	(一)政府特许经营;(二)国有自然资源使用权出让;(三)国有资产承包经营、出售或者租赁;(四)政府采购;(五)政策信贷;(六)行政机关委托的科研、咨询;(七)公共工程承包合同、国家大型公共设施建设;(八)法律、法规、规章规定可以订立行政合同的其他公共管理事项
《江苏省行政程序规定》(2015.1.6)	行政机关为了维护公共利益,实现行政管理目的,与公民、法人和其他组织之间,经双方意思表示一致达成的协议	(一)政府特许经营;(二)国有自然资源使用权出让;(三)国有资产承包经营、出售或者租赁;(四)征收、征用补偿;(五)政府采购;(六)政策信贷;(七)行政机关委托的科研、咨询;(八)法律、法规、规章规定可以订立行政合同的其他事项
《宁夏回族自治区行政程序规定》(2015.1.10)	行政机关为了实现行政管理目的,与公民、法人或者其他组织之间,经双方意思表示一致所达成的协议	无
《兰州市行政程序规定》(2015.1.14)	行政机关为了维护公共利益,实现行政管理目的,与公民、法人和其他组织之间,经双方意思表示一致达成的协议	(一)特许经营;(二)国有土地使用权出让;(三)行政机关、事业单位的国有资产承包经营、出售或者出租;(四)政府采购;(五)政策信贷;(六)行政机关委托的科研、咨询;(七)行政机关与企业的战略合作;(八)法律、法规、规章规定可以订立行政合同的其他事项
《浙江省行政程序办法》(2016.10.1)	行政机关为实现公共利益或者行政管理目的,可以在法定职责范围内,与公民、法人或者其他组织协商订立行政协议	无
《汕头市行政程序规定》(2016.12.3)	行政机关为了实现行政管理目的,与公民、法人或者其他组织之间,经双方意思表示一致所达成的协议	(一)政府特许经营;(二)国有土地使用权出让;(三)国有资产承包经营、出售或者出租;(四)政府采购;(五)政策信贷;(六)行政机关委托的科研、咨询;(七)行政机关与企业的战略合作;(八)法律、法规、规章规定可以订立行政合同的其他事项

续表

规 章 名 称	行政合同概念界定	行政合同的种类
《蚌埠市行政程序规定》(2017.12.6)	行政机关为了维护公共利益,实现行政管理目的,与公民、法人或者其他组织经协商达成一致的协议	(一)政府特许经营;(二)国有自然资源使用权出让;(三)国有资产承包经营、出售或者租赁;(四)政府采购;(五)政府与社会资本合作项目;(六)政策性贷款;(七)行政机关委托的科研、咨询;(八)行政机关与企业、高校的战略合作;(九)法律、法规、规章规定可以订立行政合同的其他事项

从上述地方立法看,只要有列举的,都涉及出让合同。对行政合同的描述都是突出了主体必须是“行政机关与私人之间”,并强调签约是“为了实现行政管理目的”,有的还补充了“公共利益”的要求。也就是兼采了“主体说”和“目的说”。2015 年 5 月之后通过的 3 部地方人民政府规章亦如此,根本没有受到新司法解释的影响。

1. 国外有类似的界定进路

这似乎与英美的政府合同(government contract)、日本的狭义行政契约很接近。英美国家的政府合同仅强调合同一方当事人必须是行政机关。日本近年来,越来越多的学者也倾向采用“主体标准”,主张“行政契约就是行政主体为一方签订的契约”。这一变化估计也是受到了美国的影响。① 而且,政府签订合同的公益性是显而易见的,无须特别强调。

但是,英美国家是不区分公法与私法,也无所谓公法契约与私法契约的划分,之所以将政府合同归为一类,只是去探究其中可能适用的特别规则。② 在美国,之所以要适用这些规则与规章,是为了“保证联邦税款得到适当、公正的使用”(protect Federal tax dollars to ensure they are used appropriately and fairly),“保证那些有资格的公司通过公平、公开竞争获得政府的生意”(ensure fair and open competition among qualified companies for the Government’s

① 日本行政契约的程序基本上是通过 1947 年《会计法》、《地方自治法》、1948 年《国有财产法》、1949 年《支付延迟防止法》、2000 年《投标契约适当化法》、2002 年《官制串通投标防止法》、2005 年《公共工程品质确保促进相关法》、2006 年《公共服务改革法》等构建起来的。尤其是最初的几部法律都是在美军占领下制定的。参见田林:《日本行政契约的立法统制》(中国人民大学法学院博士学位论文,2016 年)。

② 2016 年 5 月 21 日,在浙江大学公法中心召开的指导性案例研讨会上,我请教了爱荷华大学法学院赖茨(John C. Reitz)教授,政府合同和私法合同到底有什么不同。他认为有两点不同,第一,在变更合同时,行政机关有一定的特权。第二,在合同终止时,行政机关可以少赔一点。比如,不赔偿预期利益。

business),以及"政府以合理的价格获得货物和服务"(obtain goods and services at reasonable prices)。这决定了政府合同的形成(formation)或缔结(the pre-award phase)、管理(administration)或合同履行(contract performance)两个阶段的特定内涵,也就是一些不同于普通民事合同的内容和要求。比如,对政府合同形成过程中的瑕疵,当事人有权向政府有关部门申诉或者到法院起诉。[①]

英国人的看法也大致如此。他们也认为,"政府的特殊属性需要对合同活动的一些公法规制"。当然,这不是赞同取向法国式的行政合同。私法已然为合同活动提供了现成的(ready-made)、通俗易懂的(well-understood)框架,但是,"当政府为签约一方时,加入一些从公法中抽取的元素还是有益的"。[②] 并指出,不能忽视对政府合同权行使的司法审查(judicial review)。如果这些权力都免于司法审查,那么有关政府权力行使的豁免范围就会实质性增多。至于是否予以司法审查,取决于决定是落在公私法划分的哪一边(which side of the public-private law divide a decision is deemed to fall)。比如,公共采购纠纷(public procurement disputes)如果涉及违反法定公法义务、采取违法政策或者涉嫌受贿、腐败等,就可以司法审查。[③]

日本也是以主体标准去统合传统上的公法契约与私法契约,形成了狭义的行政契约概念,所以,在此概念之下,自然也不否认其中的一些合同,比如采购合同,仍然为私法上的契约,只是因为这类私法契约需要使用公共财政,"不能说与公共利益无关",而且,在签订程序上越来越趋向行政程序,比如采取招投标程序,所以,才统合在行政契约范畴之内,放到行政法上一并研究。[④] 于是,便出现了一种学说,行政契约是以私法契约为基本结构的特殊契约。

最近与法国教授交流,[⑤]发现他们也有类似认识,认为行政合同就是民事合同的一类特殊合同,只不过签订主体之一必为政府,且是为了公共利益,所以,

---

① Cf. Anita Ponder & Joshua C. Drewitz, "*An Introduction to Federal Government Contracting: More businesses are likely to seek government contracts with federal, state, and local government agencies. Be sure you know the rules*"(2010)56 *Practical Lawyer* 20.

② Cf. A. C. L. Davies, The Public Law of Government Contract, Oxford University Press, 2008, pp. 67-68.

③ Cf. Peter Leyland & Gordon Anthony, *Textbook on Administrative Law*, Oxford University Press, 2013, p. 450, 453.

④ 参见田林:《日本行政契约的立法统制》(中国人民大学法学院博士学位论文,2016 年)。

⑤ 2016 年 9 月 2 日,法国波尔多大学公法学教授 Olivier DUBOS、Frédérique RUEDA 在张莉教授、陈天昊的陪同下,造访清华大学法学院,我们就行政合同的识别标准做了较为深入的交谈。

一方面,政府享有一些特权,比如,根据“经济平衡原则”(le principe d'equation financiere),允许政府基于公共利益要求直接变更合同,但要给予当事人相应的补偿。另一方面,也需要适用一些超越民商法的特殊规则,比如,运用“不可预见理论”(theory of imprevision),当出现不可预见的事件,使得当事人继续履约会造成较大的亏损时,要求当事人继续提供公共服务,政府给予亏损补助,以保证公共服务不间断。

2. 在我国欠缺说服力

这个观念如果引入我国,估计比较容易为民商法学者接受,因为在现代合同法上,契约自由也不是绝对的,要受到公法的诸多限制。但是,合同法的公法化程度越高,也就越难说服民商法学者,让他们接受这类合同是行政契约。这种难度恐怕是当初法德形成行政契约观念之时所不曾遇到的。比如,招标、拍卖等程序,在民商法学者看来,是“市场竞价方式”,“反映出了土地出让金的商品价值属性和出让合同的民事性质”。[①] 退一步说,即便订立程序是行政的,也不等于形成的合同就是行政的。

然而,这个观念显然与上述我国地方立法的趣味以及行政法学者的认识不同。可以说,在我国,一开始走的就是德法的路子,强调公法与私法的界分,注重行政契约内容之中的公法因素,以“行政法律关系说”为通说。区分行政契约与民事合同的目的,是适用不同性质的法律以及救济。所以,不少行政法学者认为,行政合同与民事合同,不是一回事,是非此即彼的关系。

这种观点适用到行政法上的“纯粹契约”和“假契约”,都无大碍,然而,一俟运用到“混合契约”上,[②]就与民商法学者发生了激烈碰撞。崔建远教授批评道,“公共工程承包合同、公共工程捐助合同、公共工程特许合同、公务特许合同、独占使用共用公产合同和出卖国有不动产合同等,同该特定的政府部门到超市购买办公用品的合同相比有何差别呢? 应当说大部分相同”,“双方是处于平等地位进行洽商、缔约的,双方的绝大多数权利义务是对等的”,行政机关“只是显现民商法主体的资格,于此场合,其行政主体的法律地位隐退其后”,“其行政管理权限在该买卖合同关系中消失殆尽”,呈现的“只是一个普通的民商法主体,同自然人、公司法人等没什么两样”。[③] “单纯地以宪法及组织法塑造行政机关的

① 参见宋志红:《国有土地使用权出让合同的法律性质与法律适用探讨》,载《法学杂志》,2007(2)。

② 关于“混合契约”“纯粹契约”与“假契约”的划分,参见余凌云:《行政法讲义》(第二版),261~262页,北京,清华大学出版社,2014。

③ 参见崔建远:《行政合同之我见》,载《河南省政法管理干部学院学报》,2004(1)。

初始性质及职责而忽略其他要素来认定行政合同的‘主体说’，不符合客观实际，不宜被采纳”。[①]

其实，在我看来，当初行政契约理论上之所以采用“行政主体”，是受德日影响，尤其是受王名扬先生《法国行政法》的影响。但是，“行政主体”究竟何意？王名杨先生在书中又语焉不详，有关德日的二手文献也没有深究其义，转换到中国情境，容易让人望文生义，又意外地与民法上的机关法人发生了勾连，使其与民事主体趋同。[②] 难怪民商法学者会误读。单从字面上看，的确读不出行政法的味道。其实，行政法学者之所以造出“行政主体”，就是想突出其行政法意义。以行政契约为例，签约一方之所以强调为行政主体，主要是考虑在行政契约中约定的对未来行政行为的处分大多落在该行政主体的职责权限之中。这又必须与“行政法律关系说”（具有行政法上权利义务内容）结合起来才能阐释清楚。否则，“行政主体”呈现出来的可能更多是形式意义，而非实质意义。

同样道理，“目的说”（公共利益）如果不能在合同内容上显现出行政法的特质，那么，在论理上可能是苍白无力的，至少说服力不强，也可以忽略不计。比如，行政机关为办公购买纸张，谁也不否认这也是为了行政目的（公共利益），但签订的却是民事合同。我们根本不存在像法国“布朗哥（Blanco）”案确立的那种规则，只要是“公共服务的原因”，就绝对排除民事法庭的管辖权，“所有以公共服务为目的的行为都应该由行政法院管辖”，而“不论该诉讼标的为何”。[③] 即便是法国，后来，也出于和我们一样的顾虑，对上述“公共服务之目的”标准做了适当的修正。

所以，在我看来，仅强调主体，加上行政目的或者公共利益，似乎都无法将行政机关签订的行政契约与民事合同清晰地区分开来。上述立法定义都不算成功，对于我们识别行政合同（行政协议）的价值不大。倒是上述12个地方人民政府规章中，有近一半（5个）在行政合同种类中直接列举了国有土地使用权出让合同。像这样一次次的地方立法肯定，显然会不断强化大家的认同感。

---

① 参见崔建远：《行政合同族的边界及其确定根据》，载《环球法律评论》，2017（4）。

② 参见余凌云：《行政主体理论之变革》，载《法学杂志》，2010（8）。

③ 参见陈天昊：《在公共服务与市场竞争之间——法国行政合同制度的起源与流变》，载《中外法学》，2015（6）。

四、司法上的解释

最高人民法院“适用若干问题的解释”第 11 条具体阐释了行政协议的涵义,[①]也就是上述“典型意义”评述中的第一点。从与已有理论观点的承继上看,可以说,第一,这个司法解释全面采纳了学界的某些理论成果,包括了“主体说”(行政机关与私人之间)、“目的说”(为了公共利益或者具有行政目的)等,而且,既然是合同,当然需要合意,也就是要通过“协商订立”。[②] 第二,抛弃了行政契约“是执行公务的一种方式”,[③]或许是因为“执行公务说”与“目的说”雷同,也许是语焉不详、无法清晰判断,因为私法手段也能成为执行公务的一种方式。第三,将“特权说”[④]“行政法律关系说”[⑤]改叙成“具有行政法上权利义务内容”。其实,在我看来,因为合同法的公法化趋势日益明显,“特权说”的说服力变弱。“行政法律关系说”和“具有行政法上权利义务内容”,没有实质差别,只是视角不同。前者是一种动态的法律状态格局,后者是一种静态的法律状态描述,两者之间有着内在的关联。

上述司法解释的取向显然与司法实践趋同。陈无风对 2014 年之前行政合

---

① 第 11 条规定:“行政机关为实现公共利益或者行政管理目标,在法定职责范围内,与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议,属于行政诉讼法第十二条第一款第十一项规定的行政协议。”

② 行政法学者基本认同这些要素,分歧仅在于,有的学者认为这些要素就足以成就行政契约,有的学者认为还必须进一步考虑“执行公务的方式”“特权说”或者“行政法律关系说”。然而,此一探伸,“目的说”就显得多余,完全可以涵射到“执行公务的方式”“特权说”或者“行政法律关系说”之中。

③ 有的学者认为,“行政合同之所以成为行政合同而不是民事合同,其中最根本的特征在于,行政合同本身是执行公务或履行行政职责的手段”。比如,杨小君:《论行政合同的特征、法律性质》,载《行政法学研究》,1998(2)。在对“山东省烟台市国土资源局与山东烟台长城科工贸(集团)公司等土地行政处罚决定纠纷上诉案”的分析中,张瑚、张福林认为,“国有土地使用权的出让,是由行政机关通过行政权来实现的,是国家作为管理部门与土地使用者之间的基本关系是管理与被管理的关系。因此,土地使用权出让实际上是国家配置土地资源,管理土地的一种方式。那么,基于管理方式的土地使用权出让合同应是行政合同”。参见张瑚、张福林:《从判例看国有土地使用权出让合同的性质》,载《国土资源》,2006(3)。郑春燕教授还提出了一个很独特的观点,认为,“对某一未明身份之契约究属行政还是民事的辨别,最终要追溯至该行政主体有无相应的行政裁量权的判断”。参见郑春燕:《论裁量视角下的行政契约》,载《浙江学刊》,2007(5)。

④ 有的学者认为,行政优益权是根本的判断标准。比如,刘莘:《行政合同刍议》,载《中国法学》,1995(5)。朱新力:《行政合同的基本特征》,载《浙江大学学报》(人文社会科学版),2002(2)。戚建刚、李学尧:《行政合同的特权与法律控制》,载《法商研究》,1998(2)。步兵:《行政契约中的特权及其控制》,载《东南大学学报》(哲学社会科学版),2006(8)。

⑤ 有的学者认为,判断行政契约的核心标准是有无行政法律关系。比如,江必新:《中国行政合同法律制度:体系、内容及其建构》,载《中外法学》,2012(6)。余凌云:《行政契约论》(第二版),30 页,北京,中国人民大学出版社,2006。王克稳:《论行政合同与民事合同的分离》,载《行政法学研究》,1997(4)。

同案件所作的统计分析发现，“不管是由民庭审查，还是行政庭审查，司法实务中对行政合同与民事合同的判断标准，都遵循以合同内容来判断合同性质的思考方式。有无行政优益权，合同中约定的权利义务属于典型的行政行为还是民事行为是二者共同考量的因素”。“目的论、合同主体之间的关系成为广泛使用的判断标准”。“而理论上所说的标的论或所欲设定的法律关系说，大约因为较复杂，难以判断，因而在司法实践中适用很少。法官更愿意运用直截了当的、清晰易辨的方式来甄别合同性质”。①

亚鹏公司是“投标竞拍”获得该合同的，而且合同是与市国土局签订，这显然符合行政协议的“合意”“主体”“目的”等要求，但是，仅凭这些条件还远远不够，还很难说服民商法学者，②因为当事人签订的也可能是民事合同。如此看来，是否“具有行政法上权利义务内容”，应该是判断行政协议的最为根本的条件。

那么，由“行政法律关系”演变而来的“具有行政法上权利义务内容”究竟何意？查找有关文献，以往理论积累极少，对这一特征基本都只是一带而过，缺乏深入分析。新法实施之后，陆续有了一些较为细致的研究，多为我国台湾地区“公权力作用”理论之变形。③ 但是，吴庚大法官在《协同意见书》中阐述的标准

---

① 参见陈无风：《行政协议诉讼：现状与展望》，载《清华法学》，2015(4)。

② 崔建远教授就不认同“主体说”“执行公务手段说”等标准。参见崔建远：《行政合同之我见》，载《河南省政法管理干部学院学报》，2004(1)。

③ 比如，于立琛直接引入我国台湾地区的“公权力作用”标准，认为“只有公权力发挥了法律效果，才会产生合同的行政性”。参见于立琛：《行政协议司法判断的核心标准——公权力的作用》，载《行政法学研究》，2017(2)。又比如，韩宁提出“蜕变”标准，也就是，在合同中，“行政机关所享有的权利中，有哪些具有‘变身’为行政权的‘潜能’？一旦这些权利产生质变，其就可能进入传统的行政诉讼受案范围，因为权力和权利行使的后果可谓天差地别。此类型权利占协议中所有权利的比重则可以决定其在行政协议光谱上的地位”。她也承认“蜕变”标准与“公权力作用”基本一致。“吴庚也曾提出行政契约的判断标准，分为两层：首先，契约之一造为代表行政主体之机关；其次，有下列四者之一时，即认定其为行政契约：(1)作为实施公法法规之手段者；(2)约定之内容系行政机关负有做成行政处分或其他公权力措施之义务者；(3)约定内容涉及人民公法上权益或义务者；(4)约定事项中列有显然偏袒行政机关一方或使其取得较人民一方优势之地位者。这一组判断标准，在台湾地区行政法学界被广为引用。显然，第一层的判断标准在大陆学界、实务界都早已达成共识，但是，第二层中的四点内容，却没有获得足够的重视。在笔者看来，第 2 项和第 3 项正是从行政协议的两方分别出发，对行政法上权利义务的刻画，至于第 4 项，则是权利‘蜕变’成‘权力’这一情形的体现。需要特别注意的是，吴庚同时指出，原则上应以契约标的为标准，必要时兼采契约目的加以衡量。笔者认为，这与将行政法上权利义务作为判断行政协议的核心标准可能是殊途同归的”。参见韩宁：《行政协议判断标准之重构——以“行政法上权利义务”为核心》，载《华东政法大学学报》，2017(1)。又比如，程琥在阐述“内容要件”时，除了提及行政优益权，还简单地复述了上述吴庚教授的观点。参见程琥：《审理行政协议案件若干疑难问题研究》，载《法律适用》，2018(12)。

之中,[①]在我看来,其中,“契约是作为实施公法法规的手段”,显然无法说服大陆民商法学者,“约定事项中有显然偏袒行政机关或行政机关占有优势地位的”,这更让民商法学者无法接受。

1. 司法解释之后的判案

从以往的经验看,一个新的司法解释出台之后,经过一段时间的审判实践,法院很可能会对其中的一些不确定概念、条件与标准做出有价值的解释性建构。因此,我很想知道,法官在判案中是如何理解行政协议的?

我们在北大法宝上,检索审结时间为 2015 年 5 月 1 日至 2016 年 4 月 1 日的行政协议案件,共获得 60 个有关案例。另外,在中国裁判文书网上,检索审结日期为 2016 年 1 月 1 日至 2016 年 4 月 1 日的行政协议案件,获得 62 个相关案例。抛去 2 个重复的案件,一共得到 120 个案例。

我们发现,法官极少对涉案协议是否为行政协议做深入的分析,原因可能是下述两类案件就占去了大半。第一,对原告撤诉是否准许或者是否按照撤诉处理的行政裁定占到了 44 起,还有 2 个是管辖错误,6 个原被告不适格,5 个超过起诉期限,2 个重复起诉。这些当然无需分析协议性质。第二,行政诉讼法已明确列举为行政协议的,比如土地房屋征收补偿协议,法院也不再做进一步分析,[②]只看是否按照新旧法处理,[③]或者衡量是否属于“认为行政机关不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除行政协议内容的情形”,前一种案件 13

---

① 吴庚大法官的意见在台湾是主流观点。他认为,凡行政主体与私人缔约,其约定内容(契约标的),有下列之一因素的,即认定为行政契约:(1)契约是作为实施公法法规的手段,行政机关本应作成行政处分,而以契约代替;(2) 约定的内容系行政机关负有作成行政处分或其它公权力措施的义务;(3)约定内容涉及人民公法上的权益或义务;(4)约定事项中有显然偏袒行政机关或行政机关占有优势地位的。如果契约履行内容属于“中性的”,应就契约整体目的及履约内容、目的来判断。参见我国台湾地区“司法院”“大法官”释字第 348 号(1994 年 5 月 20 日)、释字第 533 号(2001 年 11 月 16 日)之“大法官”吴庚《协同意见书》。转自于立琛:《行政协议司法判断的核心标准——公权力的作用》,载《行政法学研究》,2017(2)。

② 比如,《王国才与慈溪市国土资源局行政征收二审行政裁定书》(〔2015〕浙甬行终字第 269 号)中,法院认为,慈溪市统一征地事务所与第三人慈溪市附海镇东海村经济合作社签订的慈土征字〔2003〕405 号《征地安置补偿协议》(以下简称《协议》)已经履行完毕。“不存在行政诉讼法及其司法解释所规定的行政机关不依法履行、未按照约定履行或者违法变更房屋征收补偿协议等的情形,原告无权就该《协议》提起行政诉讼”。

③ 最典型的一个案件就是“上诉人张凤霞与被上诉人泰兴市国土资源局、原审第三人泰兴市人民政府济川街道办事处确认协议无效一案二审行政裁定书”(〔2015〕泰中行终字第 00146 号)。法院认为,“本案所涉动迁补偿协议系泰兴市人民政府济川街道办事处受被上诉人委托与案外人李智在平等、自愿、协商一致的情形下签订的协议,上诉人针对该协议提出的异议实则属于民事纠纷,依法不属于行政诉讼受案范围。即便依上诉人诉称该协议属于行政协议,但依据法不溯及既往原则,该动迁补偿协议签订于 2015 年 5 月 1 日之前,依法不能适用现行《中华人民共和国行政诉讼法》及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》的相关规定”。并且指出,“本案不作为行政案件处理并不妨碍上诉人通过其他诉讼另行寻求救济”。

起,后一种案件 4 起。

只是在一些案件中,法院认定争议协议并非行政协议,而是国家赔偿协议、安置补偿协议或其他民事协议,以及法院认定不属于行政诉讼受案范围而不予立案的,才有了一些分析,但多不深入,浅尝即止。以下案件中,法院的解读还是颇有意思的。

(1)“南通咏辉置业有限公司与南通市通州区十总镇人民政府不履行法定职责二审行政裁定书”(〔2015〕通中行终字第 00547 号)中,一审法院认为,“行政协议具有以下五个方面的特点:第一,目的要素。即行政协议的目的是为了实现公共利益或者行政管理目标,是为了实现公法上的目的。第二,主体要素。行政协议的主体为行政主体和行政相对人,其中行政主体是不可缺少的主体。第三,职责要素。职责要素是指行政机关签订行政协议必须是在‘法定职责范围内’,法定职责范围之外签订的行政协议无效。主要体现为:①行政机关签订协议应当在法定职责范围内。②行政机关签订协议的程序应当符合法律规定。③协议内容不能违反法律法规的禁止性规定。第四,意思要素。即行政主体和行政相对人签订行政协议必须经过协商,意思表示一致。第五,内容要素。即行政主体和行政相对人之间签订合同的内容是行政法上的权利义务。”这与江必新、梁凤云的观点很接近。

但是,很有意思的是,一审法院并没有真正讨论备忘录是否为行政协议,而是分析了其内容的不合法,并指出,“涉案备忘录既不符合为了实现公共利益或者行政管理目标的目的要素,其内容亦违反了相关法律法规的规定,超出了被告的法定职责范围,损害了国家利益、公共利益以及他人的合法权益,故涉案备忘录不属于行政诉讼法所规定的应当受理的行政协议范畴”。其实,在我看来,是否为行政协议,与行政协议是否违法,是两个不同的问题,协议违法不等于就不是协议。[①] 是否是行政协议,更多的是形式上的、主观上的判断,是否实质符合行政协议的特征要件,是否合法,需要法院经过审查之后做出裁判。所以,一审法院的分析走偏了。

二审法院意识到,并纠正道:“一审法院在审查确认上诉人的起诉不符合受理条件的情形下,其所作备忘录超出被上诉人的法定职权范围,损害国家利益、公共利益及他人合法权益的认定已经超出了人民法院行政审判的权限范围”。

二审法院也提出了对行政协议的见解,“所谓行政协议,是相对于民事协议而言,其主要特征在于:订立行政协议的一方必须是行政主体,订立行政协议的

① 司法解释中“在法定职责范围内”的表述也属多余。参见沈福俊:《司法解释中行政协议定义论析——以改造“法定职责范围内”的表述为中心》,载《法学》,2017(10)。

主要目的是实现行政管理职能,具有公益性,其产生、变更、消灭的是行政法律关系;行政协议双方当事人的法律地位并不是完全平等的,行政主体享有行政优益权。其中,行政协议所具有的产生、变更、消灭行政法律关系是行政协议区别于民事协议的主要特征,是判断协议性质的主要方面”。

然后,二审法院结合本案指出,从备忘录内容来看,南通市通州区十总镇人民政府是“为促进该地区的商业开发,以开发主体的身份与上诉人南通咏辉置业有限公司签订”。而且,“协议中所约定的南通市通州区十总镇人民政府对土地拍卖价格高出 50 万元/亩的部分返还给南通咏辉置业有限公司、回购部分商业铺面和住宅等相关权利、义务内容并不属于行政法律规范调整的范围,双方之间并未因此产生、变更或消灭相应的行政法律关系,该备忘录不具有行政协议的基本特征”。

但是,对上述判断,我不完全认同。仔细分析备忘录,我们还是能够发现一些内容是约定了行政法上的权利义务,比如,“十总镇政府对实际拍卖价格高出 50 万元/亩的部分将返还给南通咏辉置业公司,用于该地块的基础设施配套建设。区返还到镇的基础设施配套费将定向用于该地块基础设施建设”,“南通咏辉置业公司在取得该地块开发权之后,十总镇政府将向南通咏辉置业公司回购部分商业铺面和住宅用于安置拆迁户”,“十总镇政府负责 11 月底前完成拆迁工作,2011 年 1 月前完成挂牌出让”,“十总镇政府负责协助做好该地块相关配套工程的报批工作和群众工作”。

(2)“董凤岐与汪清县人民政府行政纠纷二审行政裁定书”(〔2015〕吉行立终字第 188 号)中,对“上诉人董凤岐不服不予立案行政裁定的上诉”,吉林省高级人民法院的裁定行文极短,言简意赅,认定“上诉人董凤岐所谓的与汪清县清理欠款办公室关于清欠费用的约定,根本不属于行政协议”。

难得的是,法院还阐述了行政协议,“行政协议是指行政机关为了履行行政职责、实现行政管理目标与相对人经过协商一致达成的协议。行政协议需要具备以下几个方面的主要特征:①行政协议主体一方恒定是依法享有行政职权的行政主体。②签订行政协议的目的在于履行行政职责,实现行政管理公益目标。③行政协议签订履行过程中行政机关享有优益权”。在这近似提纲挈领的解释之后,法院没有结合本案做进一步的分析。

(3)“朱元德诉江永县住房和规划建设局行政协议纠纷行政裁定书案”(〔2015〕江永法行初字第 8 号)中,法院认为,“可诉行政协议,是行政主体以实施行政管理为目的,进行公共管理和服务的一种方式,具有鲜明的公权力属性,行政主体对行政协议的履行享有行政优益权,协议双方的权利义务不完全对

等”。而在本案中,“《协议书》是平等主体之间订立的协议,不属于可诉的行政协议范围”。法院没有阐述推理过程。

(4)“坤昊房地产开发有限公司与西平县人民政府行政协议纠纷行政判决书案”(〔2015〕漯行初字第27号)中,对于原告竞得国有建设用地使用权,与西平县公共资源交易中心签订的成交确认书,法院从两个方面去分析判断。首先,依据最高人民法院行政审判庭的两个答复,认定签订成交确认书的行为属于行政行为。[①] 其次,“该成交确认书是原告自愿参与国有土地使用权挂牌出让的直接法律后果,确认了涉案土地出让的总价及每平方米单价,又约定了竞得人交纳的竞买保证金自动转作受让地块的定金、签订的期限以及不按期签订的法律后果,具有行政协议的属性”。由于“行政行为”与“合意”兼而有之,所以,是一种行政协议。这与我一向看法很相像,行政契约是游离在具体行政行为与民事合同之间的一种特殊的形态。[②]

但是,对于原告与被告西平县政府签订《招商引资协议书》,法院只是断言“该《招商引资协议》性质属于行政协议”,没多做分析。其实,在我看来,《招商引资协议书》是个不可多得的分析样本,公法上的约定非常明显。包括:第一,约定了出让土地。“甲方(被告)以招拍挂形式公开公平出让该宗土地,乙方(原告)可以参加竞买,如依法取得土地使用权后并与国土部门签订国有土地使用权出让合同,按合同约定期限和竞拍成交价全额交付土地使用权出让金”。第二,甲方“负责按本合同约定如期完成该项目建设用地地上(地下)建筑物、附着物的拆迁清理工作”,这种“拆迁清理工作”要通过有关行政机关行使行政权才能完成,应该是对行政法义务的一种约定和事先处分。所以,在土地出让过程中,西平县人民政府还专门作出了〔2014〕9号县长办公会议纪要,专题研究xp-2013-32号土地公开出让问题,要求“地面附属物清点、拆迁补偿等工作由县征安办牵头,财政局、住建局、国土局和柏亭办事处等单位主动搞好配合,3月1日前要摸清该地块整体情况,并向县政府汇报下步工作打算;5月20日前要完成拆迁补偿等工作,保证该地块达到合同规定交地条件”。第三,“甲方将在出让

---

① 最高人民法院行政审判庭(〔2009〕行他字第55号)《关于土地管理部门出让国有土地使用权之前的拍卖行为以及与之相关的拍卖公告等行为性质的答复》规定,“土地管理部门出让国有土地使用权之前的拍卖行为以及与之相关的拍卖公告等行为属于行政行为,当事人不服提起行政诉讼的,人民法院应当依法受理。”最高人民法院行政审判庭(〔2010〕行他字第191号)《关于拍卖出让国有建设用地使用权的土地行政主管部门与竞得人签署成交确认书行为的性质问题请示的答复》规定,“土地行政主管部门通过拍卖出让国有建设用地使用权,与竞得人签署成交确认书的行为,属于具体行政行为。当事人不服提起行政诉讼的,人民法院应当依法受理。”

② 参见余凌云:《行政法讲义(第二版)》,261页,北京,清华大学出版社,2010。

文件中公开优惠条件,中标即享有优惠条件,如乙方没有中标该协议无效”,这是对行政政策适用范围的约定。西平县人民政府在〔2014〕2号县长办公会议纪要又重申了这一点。“xp-2013-32号宗地拟规划为城西新区农贸市场,竞得者可享受县政府关于此地块的相关优惠政策”。

(5)“原告张志怀、张润碧、张志琴诉被告毕节市七星关区长春堡镇人民政府土地行政协议一案行政判决书案”(〔2015〕黔方行初字第16号)中,法院认为,“行政协议是指行政机关为达到维护与增进公共利益,实现行政管理目标之目的,与行政相对人之间经过协商一致达成的协议”。并结合本案,对是否符合“公共利益”“行政管理目的”以及“协商一致”做了分析。“本案中,《承诺书》的协议一方为行政机关即被告长春堡镇政府,另一方为自然人顾尚芳。该《承诺书》载明‘由于毕威高速新公路修建,国家需征用长春村十一组顾尚芬(笔误,应为芳)的承包地’,是为增进公共利益,实现行政管理目标的需要。《承诺书》尾部有承诺单位及本案被告加盖的印章、顾尚芳本人手印、原告张志琴签名及捺印,由此可见,该《承诺书》系顾尚芳与长春堡镇政府通过协商一致达成的协议。因此,《承诺书》符合行政协议的构成要件,应属行政法律关系所调整的行政协议”。

但是,法院给出的行政协议定义之中扣掉了“行政法上权利义务的内容”,仅凭“公共利益”和“协商一致”,很难说本案的《承诺书》就是行政协议。而且,就该案的核心争议而言,也更偏向民事纠纷。因为双方争执的焦点是,原告主张其原承包土地实际面积为0.28亩(186.65平方米),被告丈量时却缩小到146.72平方米,存在欺诈,要求解除《承诺书》。法院的裁断是,“顾尚芳、原告张志琴均在《承诺书》上捺印、签字捺印,已经认可土地征用面积为146.72平方米,原告在本案中亦未提供有力证据证明其被征用土地面积为0.28亩(186.65平方米),对原告的该项诉讼主张,本院不予支持”。

从以上判案,我们可以发现,法院并没有完全按照司法解释的规定要件去识别判断,而是呈现了三种分析路径,①一是“公共利益”“行政优益权”“行政法

① 在民事裁定中,还发现一起以“执行公务方式”为识别标准的裁定,即“最高人民法院民事裁定书”〔2015〕民申字第3013号,法院认为,“赤湖镇政府又是对本辖区环境质量负责的地方人民政府,且本案合同标的为污水处理项目,赤湖镇政府签订和履行污水处理特许项目协议是其行使公共管理和公共服务职责的方式之一,该行为具有公权力属性”。“为此,特许项目协议在第二十六条第26.3款约定:“甲方不得采取任何违反法律法规和本协议约定以外的行动影响乙方及项目公司对本项目的建设和运营管理。如果出现这种影响,甲方同意补偿甲方的影响而造成的任何直接损失,但为了公共安全和健康的紧急情况而采取措施除外”。本院认为,“根据该约定,赤湖镇政府在发生危及公共安全和健康的紧急情况下对项目的建设和运营管理采取措施,既不违反合同约定,也不违背其行政管理职责。因此,二审裁定认定,特许项目协议第26.3款体现了赤湖镇政府作为公共事务管理者的身份,这一条款具有行政合同性质,并无不当。”

律关系”(地位不平等),比如,案件(1)、(2)、(3)。二是“行政行为”“合意”,比如,案件(4)。三是“公共利益”“行政管理目的”以及“协商一致”。比如,案件(5)。

如上分析,案件(5)继续沿用了上述地方立法的界定方式,采行的标准有缺陷,无法有说服力地识别行政协议。其余4个案件阐释的标准还不够透彻完整,对行政协议“具有行政法上权利义务内容”的认识,都只是停留在传统的行政优益权理论之上,或者将其中的行政行为单独切割出来。尤其可惜的是案例(1)、(4),法官都没有意识到公法上的约定。

2. 法官的见解

新法实施未久,在中国知网上能够检索到的行政协议文章不多,《中国法律评论》2017年第1期刊发了一组文章,算是较为集中的论述。我找了几篇主要是出自法官之手的文章,看他们如何解读行政协议的识别标准,尤其是“具有行政法上权利义务内容”的。之所以略去主体、目的(公共利益)不深谈,不是说,它们不是其中的标准,而是,第一,识别相对容易;第二,涵义较清晰,且分歧不大;[①]第三,仅凭它们还无法说服民商法学者。

(1) 地位不平等

赵龙法官在分析房屋征收补偿协议是一种行政协议时指出,它的“订立主体为房屋征收部门与被征收人”,根据《国有土地上房屋征收与补偿条例》(2011年)第4条第2款的规定,房屋征收部门是由市、县级人民政府确定组织实施房屋征收与补偿工作的行政机关。“由此,不同于拆迁人与被拆迁人的平等民事关系,房屋征收部门与被征收人具有明显的不平等性”。[②] 因为民事合同的显著

---

① 李智辉法官提出了一个很有意思的观点,也就是对当事人意愿的尊重与满足程度。“审判实践中有时难以准确判断行政协议签订的目的”,可以转换为观察在协议订立过程中对当事人意愿的尊重与满足程度。比如,在房屋拆迁安置补偿协议纠纷中,实现公共利益或者行政管理目标与纯粹的商业开发之间难以区分,两者可能兼而有之。这时要结合被拆迁人和拆迁人协议签订时的情况进行判断:如果拆迁人充分尊重了被拆迁人的意志,对被拆迁人提出的安置补偿条件予以充分考虑,则双方签订的协议为平等主体之间的民事协议;反之,则是行政协议。参见李智辉:《行政协议?民事协议?不能“傻傻分不清”——行政协议的法律特征及司法受理》,载《中国国土资源报》,2016-01-12。的确,行政契约是游离于公法上行为(权力性行为)与普通民事合同之间的一种特殊形态,包含着两个此消彼长的变量关系,也就是合意的程度与权力因素的成分。但是,上述观点似乎过于简单化了,合意的空间与程度似乎成了唯一判断标准,完全回避了对权力因素的分析。那么,是不是说,被限制或挤压的不得商谈的部分就自然属于行政性的?就可以直接推断为行政法上权利义务内容呢?这是颇令人费解的,即便是民事合同,也不见得完全迁就一方当事人的意愿和要求。

② 参见赵龙:《行政协议相对人违约行政机关可申请法院强制执行》,载《人民法院报》,2015-04-16。

特征就是双方地位平等,[①]因此,主体之间地位是否平等,便成了判断合同是民事合同还是行政协议的一块试金石。[②] 民商法学者甚至以地位不平等来根本否定行政合同是一种合同。

但是,这种不平等是外观印象上的、形式上的,还是实质的,权力因素真的影响并渗入了协议的缔结与内容?这是两个不同的概念。这个判断标准也太过抽象,不如行政优益权来的具体,而后者又是地位不平等的表征。赵龙法官的分析似乎也不够透彻细腻,说服力还不够强。

(2) 行政优益权与签订过程的行政性

宋海东法官认为,行政协议虽然与民事合同一样,也是双方意思表示一致的结果,但相比而言,具有以下特征:一是缔约的一方为行政机关;二是行政协议的目的是为了实现公共利益;三是行政机关享有协议履行的指挥权、单方变更协议标的权、单方解除权、制裁权等行政优益权。[③] 上述第三点,尽管遮遮掩掩,但似乎已经潜意识地与"行政法上权利义务"做了勾连。

相形之下,李福忠法官说得更加直白,行政协议的行政性,"主要表现为行政主体对行政协议享有的行政优益权,即签订协议选择权、履行过程指挥权、单方解除协议权、违约行为制裁权",以及行政机关承担的特殊义务,比如"对合同相对方的无过失补偿"。"对于上述行政机关享有的特权和承担的特殊义务通过合同法等民事法律是难以解释的,如果按照民事诉讼程序审理,适用法律将面临一定困难,审理起来也不顺畅,显然通过行政诉讼程序加以救济更加适合这类纠纷的特点"。[④]

李福忠法官还进一步分析了国有土地使用权出让合同,论证它是一种行政协议,因为"土地管理部门出让国有土地使用权之前的拍卖行为、提前收回土地使用权处理决定、处罚决定、与竞得人签署成交确认书等行为,均是行政机关单方履行行政职权而实施的行政行为,对上述行为不服提起诉讼的,属于行政诉讼受案范围应无任何异议"。最高人民法院"关于土地管理部门出

---

① 《合同法》(1999 年)第 2 条第 1 款规定,"本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议"。第 3 条规定,"合同当事人的法律地位平等,一方不得将自己的意志强加给另一方"。

② 在"原告王文通诉被告蠡县留史镇人民政府行政协议行政裁定书案"(〔2015〕唐行初字第 111 号)中,法院认为,"《土地补偿协议》是原告等村民委托村委会负责人与留史镇人民政府签订的土地使用协议,是平等民事主体间就土地使用达成的一致意见,不是严格意义上的土地征收和征用,不具有行政强制性和行政主导性,不是《中华人民共和国行政诉讼法》界定的可诉的行政协议,不属于人民法院行政诉讼受案范围"。

③ 参见宋海东:《新行政诉讼法语境下行政协议若干问题探析——以类型化诉讼为视角》,载《山东审判》,2015(6)。

④ 参见李福忠:《新行政诉讼法确立的行政协议诉讼制度初探》,载《山东审判》,2015(4)。

让国有土地使用权之前的拍卖行为及与之相关的拍卖公告等行为性质的答复”(〔2009〕行他字第55号)、最高人民法院“关于收回国有土地使用权案件适用法律问题的答复”(〔2012〕行他字第10号)、最高人民法院“关于拍卖出让国有建设用地使用权的土地行政主管部门与竞得人签署成交确认书行为的性质问题请示的答复”(〔2010〕行他字第191号)对此分别进行了规定,“这与单独因履行国有土地使用权出让合同引起的纠纷情形是不同的”。[①]

另外,李福忠法官在分析国有土地使用权出让合同时还认为,应当将合同签订的整个过程以及各个环节的行为一并考虑,看是否具有行政法上的元素。这种看法在政府采购合同的属性之争中就已存在,也就是,是适用行政法上的“双阶理论”区分签订程序与合同属性,还是作为一个完整的过程一并认定。在我看来,合同签订过程中的程序以及行为的行政性,与合同本身的性质之间的确是可以区隔的。但是,当合同纠纷与签订程序以及行为有着内在联系时,是可以依据签订程序与行为的行政性来认定合同的属性的。[②]

从上述分析可以看出,第一,只要在协议中规定,或者实际享有行政优益权,就是“具有行政法上权利义务内容”。[③] 李福忠法官进一步补充了除行政优益权之外,还有行政机关的特殊义务。这种观点很接近早先的认识,是对早先行政合同理论的重述。[④] 在司法实践上也接近通说。但是,客观地说,行政优益权不是很典型的行政权,本质上还是约定的权力,是为了实现具体行政契约的行政目的而有所增删选择的,但在不同程度上也超出了民事合同的一般原理。比如,民事合同一般不承认一方当事人有单方解除合同的权利,承揽合同除外。[⑤] 第二,李福忠法官对出让合同的分析,也没有完全裹足于行政优益权的分析框架,还要求考察签订协议过程的行政性,认为后者也决定了合同的属性。

(3) 协议中规定了一些行政职权以及适用超越合同法的规则

梁凤云法官花了大量笔墨分析了这类协议,除了与李福忠法官类似的观点

---

① 参见李福忠:《新行政诉讼法确立的行政协议诉讼制度初探》,载《山东审判》,2015(4)。

② 参见余凌云:《行政契约论》(第二版),208～214页,北京,中国人民大学出版社,2006。

③ 麻锦亮法官也认为,“行政优益权无疑是行政诉讼独有的制度”。“只要出现行政机关享有行政优益权条款的协议,多数可以推定其具有公共利益目的”。参见麻锦亮:《纠缠在行政性与协议性之间的行政协议》,载《中国法律评论》,2017(1)。

④ 参见应松年:《行政合同不容忽视》,载《法制日报》,1997-06-09。

⑤ 我曾与韩世远教授探讨,在行政合同中,政府基于公共利益需要有权单方变更合同,对当事人相应的损失要给予补偿。他认为,承揽合同中定作人也有单方变更权。但是,一般民事合同的变更需要双方协商。因为《合同法》(1999年)第77条规定,“当事人协商一致,可以变更合同”。

外,还进一步补充了以下理由,[①]第一,《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》《城市房地产管理法》是将合同一方的土地管理部门作为行政主体对待的。正如有关合同范本使用说明中明确的,“本合同的出让人为有权出让国有土地使用权的人民政府土地行政主管部门”。第二,该种协议是在具有不同法律地位的行政法律关系主体之间签订的,一些法律规定的行政职权等纳入到合同内容当中。比如,国土资源部和国家工商总局发布的《国有土地使用权出让合同范本(2000 年)》和《国有土地使用权出让合同补充协议(2006 年)》中,规定了征收土地闲置费、无偿收回土地使用权。[②] 而且,从最高人民法院的批复中,也肯定了上述权力是一种行政权力。[③]

在梁凤云法官看来,“有行政法上权利义务内容”,似乎主要体现在协议中约定的内容涉及一些由法律规定的行政权力。为了提醒读者这些权力的行政性,他甚至直接把“征收闲置土地费”的权力说成是“对闲置土地的处罚权”。[④]

梁凤云法官在分析政府采购合同时提及,“政府采购法中规定的内容有相当数量超出了合同法规定的规则”。例如,政府采购应当遵循公开透明原则、公平竞争原则、公正原则和诚实信用原则(第 3 条)、政府采购应当采购本国的货物、工程和服务(第 10 条)、财政部门负责政府采购并履行监督管理职责(第 13 条)等。[⑤] 也就是说,只要合同中存在着超越民事法律规定的规则,就具有行政性,就是行政协议。

杨科雄法官做了更加宏观的概括,认为,“行政法上的权利(力)义务可从以下几个方面进行判断:一是是否行使行政职权;二是是否为实现行政管理目标

---

① 参见梁凤云:《行政协议案件的审理和判决规则》,载《国家检察官学院学报》,2015(4)。

② 这两项行政权力均出自《房地产管理法》(1994 年)第 25 条,该条规定:“以出让方式取得土地使用权进行房地产开发的,必须按照土地使用权出让合同约定的土地用途、动工开发期限开发土地。超过出让合同约定的动工开发日期满一年未动工开发的,可以征收相当于土地使用权出让金百分之二十以下的土地闲置费;满二年未动工开发的,可以无偿收回土地使用权;但是,因不可抗力或者政府,政府有关部门的行为或者动工开发必需的前期工作造成动工开发迟延的除外。”

③ 《最高人民法院关于地方人民政府作出的同意收回国有土地使用权批复是否属于可诉具体行政行为问题的答复》(2012 年 8 月 23 日)规定:“地方人民政府针对其所属土地行政部门作出的同意收回国有土地使用权批复,土地行政管理部门直接据此付诸实施且已经过复议程序,原国有土地使用权人对地方人民政府同意收回土地使用权的批复不服提起诉讼的,人民法院应当依法受理。”《最高人民法院关于收回国有土地使用权案件适用法律问题的答复》(2019 年 12 月 24 日)规定:“在国有土地使用权出让合同纠纷中,具有土地行政管理职能的市、县人民政府决定收回国有土地使用权的行为,是单方履行行政职权的行为,对该行为不服提起诉讼的,属于行政诉讼受案范围。”《最高人民法院行政审判庭关于拍卖出让国有建设用地使用权的土地行政主管部门与竞得人签署成交确认书行为的性质问题请示的答复》(2010 年 12 月 21 日)规定:“土地行政主管部门通过拍卖出让国有建设用地使用权,与竞得人签署成交确认书的行为,属于具体行政行为。当事人不服提起行政诉讼的,人民法院应当依法受理。”

④ 参见梁凤云:《行政协议案件的审理和判决规则》,载《国家检察官学院学报》,2015(4)。

⑤ 参见梁凤云:《行政协议案件的审理和判决规则》,载《国家检察官学院学报》,2015(4)。

或者公共利益；三是在协议里或者法律上是否规定了行政机关的优益权”。他进一步解释了三者之间的关系，第一和第三个标准“构成了行政协议的标的”，当这些标准不好判断时，就要结合第二个标准。在他看来，第一个标准是“本质要素”，只要符合这一要素，所涉协议即为行政协议，而第二和第三个标准仅是“辅助要素”，“对行政协议的科学分类具有重要作用”。[①]

耿宝建、殷勤两位法官从2017年以来最高人民法院就国有建设用地使用权出让、招商引资、土地房屋征收补偿、资产转让等协议类行政案件的裁判中，更敏锐地提炼出了一些识别标准，指出，“如果满足以下条件之一，可以认为主要包含行政法上的权利义务关系：一是约定指向未来行政机关要作出某个具体的行政行为；二是以约定代替过去行政机关作出某个具体的行政行为；三是约定的内容来源于行政法律规范的明确规定；四是当条件成就时，行政机关可以依约定实施单方变更或者解除权”。[②] 其中第一、二点接近了本文观点。

在我看来，第一，“出民入行”的观点是符合行政契约产生的机理的。无论是规则还是权力，只有迥异于民事合同，才有区分行政契约的价值与意义。至于梁凤云法官提到的“超出合同法的规则”，或者更宽泛地说，“超越民商法的规则”，是否能涵摄到“具有行政法上权利义务”标准之内呢？还需要进一步研究。[③] 第二，行政契约中的确有时是混杂着主导性权利（行政优益权）和行政权力的，但是，它们还是有一定区别的，尽管有些行政优益权可能是行政权力的行使特性之于合同的体现，比如，依法行政原则优于合同约定，行政机关也就可以根据公共利益需要享有单方变更权。第三，在行政契约中是静态地胪列某些行政权力，还是约定了这些权力未来的行使，特别是行政机关承诺将做出的行政行为形态与结论，又是两个不同的概念。显然，在一个属性待定的合同之中，能够耙剔出、鉴别出若干行政权力以及对行政权力未来行使的约定，对于成就行政契约，更具有说服力。第四，“行使行政职权”与对行政权力未来行使的约定又是不同概念，一动一静，泾渭分明。行政协议文本之中可能更趋向静态。协议履行之中发生争议，则是动态所致，多为约定的权力行使不为当事人接受。所以，我不太赞成“行使行政职权”作为判断标准。

① 参见杨科雄：《试论行政协议的识别标准》，载《中国法律评论》，2017（1）。

② 参见耿宝建、殷勤：《行政协议的判定与协议类行政案件的审理理念》，《法律适用》，2018（17）。

③ 在法国，对于“超越于普通法之条款”的解读，有一种看法是“体现了公权力”，还有一种看法是“仅部分条款体现出了公权力，而更多的条款主要展现了合同履行之条件不同于传统民事合同”。参见陈天昊：《在公共服务与市场竞争之间——法国行政合同制度的起源与流变》，载《中外法学》，2015（6）。

3. 本章观点

从上述夹叙夹议中,不难看出,我不完全赞同上述观点。的确,“具有行政法上权利义务内容”,决定了行政协议与民事合同在解决纠纷上的不同理路,成为判断行政协议的根本性标准。在我看来,应当从以下四个方面做解释性建构,其中(1)、(2)是对上述法官已有认识的认可,(3)、(4)是进一步的发展,也能从后述的出让合同示范文本分析中得到印证。

(1) 协议中必须引入一些非民事合同所有、不符合民事原理的特别约定与内容。比较多见的是赋予行政机关行政优益权,以及适用超越民法、合同法的特殊规则,从而形成了行政法上的权利义务关系。这是因为,首先,就行政协议欲实现的行政目的看,完全援用民事合同上的所有机制,能否确保履约,行政机关仍有疑虑,唯恐力所不逮。其次,现阶段不很成熟的市场机制、普遍缺失的信用体系,更让行政机关觉得有揉入特殊保障条款的必要。

(2) 协议中直接规定了某种行政权力,以及行政法上的义务。最明显的就是纯粹的行政契约形态,比如治安处罚上的担保协议,双方约定的都是如何确保被担保人不逃逸,不串供、不销毁证据,保证随传随到等公法上的事由。

(3) 双方在协议中约定了对行政权的未来处分。合同约定了作为当事人一方的行政机关未来必须做出的某种行政行为,或者必须履行的某种行政法上义务。比如,允诺出让国有土地,不同于一般民商法意义上的物的交易,土地出让的审批过程是一个行政权运用过程,不仅受合同效力拘束,也必须遵守依法行政原则,因此,土地管理部门签订出让合同,实际上是约定了其未来办理土地出让的批准、登记等手续,并对这些行政权行使做过事先的合法性审查。又比如,土地管理部门应当依照合同约定“提供达到‘五通一平’条件的地幅”。[①] 所以,在签订行政协议时,一般会根据类型与目的,由负有主要法定职责的行政机关出面代表签约,比如,国有土地使用权出让合同由土地管理部门来签,这是因为,该行政机关在合同签订时就可以、也有权对其未来的行政决定作出预先的处分。

(4) 行政协议实际上也约定了其他相关行政机关对行政权的未来处分。很多时候,不是协议一方当事人的其他行政机关,在职责上与上述行政法义务有关联,也必须依据协议约定连动地做出相应的配合性、辅助性决定,才能使得合

① 在“山东省烟台市国土资源局与山东烟台长城科工贸(集团)公司等土地行政处罚决定纠纷上诉案”中,就是“由于烟台市土地局未能及时向长城公司提供达到‘五通一平’条件的地幅,致使长城公司未能在取得《国有土地使用权证》后的二十七个月内完成全部建设任务”。参见张瑚、张福林:《从判例看国有土地使用权出让合同的性质》,载《国土资源》,2006(3)。

同约定的目标最终实现。比如,当事人按照原先约定的用途开发商品房建设的,只要符合条件,建设部门应当及时颁发有关建设许可证,否则,国有土地使用权出让合同约定的土地用途无法兑现。又比如,合同约定当事人可以将"土地使用权随同地上建筑物、其他附着物出租",土地管理部门、房产管理部门就应当依法办理登记手续。所以,从某种意义上讲,签订行政协议的行政机关一方,仅具有形式上的意义,是代表政府一方。行政协议在履行过程中,需要政府作为一个整体对外回应。

上述公法约定不仅要受合同约束,还必须服从依法行政的要求。合同约定只有与依法行政要求相吻合,才能拘束行政权的行使。当两者发生冲突时,在解决问题的次序上,依法行政要求无疑要优于合同约定。这是因为,行政机关不能拘泥于已有的合同而放弃未来的权力行使,否则,行政机关就变成了立法机关,可以通过合同自我授权。但是,这不等于说,签订行政协议对当事人是不安全的,一方面,行政机关对于合同约定不可能弃之如敝履,行政权力的行使要受到依法行政的严格拘束,另一方面,对当事人造成的损失,必须遵循经济平衡原则,给予合理补偿或者采取其他补救措施。

五、对出让合同性质的三种分析模式

那么,亚鹏公司签订的出让合同是不是一种行政协议呢?或者从更宽泛的意义上讲,国有土地使用权出让合同是不是一种行政协议呢?从有关文献看,大概可以有三种分析模式。

(1)"特殊合同"的分析模式

国有土地使用权出让合同本质上是一种民事合同,但是,双方存在着权利义务不对等,土地管理部门享有某些特权,或者说,行政优益权、主导性权利,这些超越私法的规则使得出让合同不是一般的民事合同,而是建立在民事合同结构基础上的一种特殊合同,兼具契约性与行政性,所以,可以认为是一种行政协议。比如,上述李福忠法官的分析基本上属于这种路数。

这种分析方法较温和,容易获得民商法学者的认同,但是,很难说服民商法学者接受这是行政契约。而且,出让合同中不仅有行政优益权,还蕴含着对行政权未来的处分约定,仅看前者,不及后者,不免以点概面。

(2)"执行公务方式"的分析模式

"土地使用权的出让,是由行政机关通过行政权来实现的,是国家作为土地所有者处置土地的一种方式","实际上只是国家配置土地资源、管理土地的一

种方式"。对此又从两个进路进一步解析。[①]

一是结合"目的说",签订土地出让合同是"为了贯彻国家的土地政策法规",包括"改革城镇国有土地使用制度,合理开发、利用、经营土地,加强土地管理,促进城市建设和经济发展等","按照市场方式配置土地资源,取得最佳土地利用效益"。为此,合同之中蕴含了很多特殊规定,比如,"通过对出让金的调整,实现对土地市场的经济调控","附有该宗地的规划条件及其转让条件",以"防止炒卖地皮等土地投机行为的出现","土地管理部门对土地管理的公共事业或公共利益,不能完全受限于或取决于受让方的利益"。

二是双重身份说,土地管理部门在合同内外叠加着两种不同身份,在合同之内,土地管理部门是以平等主体签订合同的一方当事人,在合同之外,土地管理部门仍然承担着土地监管职责。所以,"其在法律上的表现,是政府机关对使用土地的批准,土地管理部门与土地使用者之间的基本关系是管理与被管理的关系",那么,"基于出让行为的土地出让合同自然是一种行政合同"。[②]

这种分析方式说服力还不够,也很难说服民商法学者。"土地管理部门签订出让合同的目的并不是为了实施行政管理,而是为了在土地所有权上设定用益物权,从而实现土地所有权的商品价值"。在民商法学者看来,土地管理部门行使"纠正、警告、罚款、无偿收回土地使用权等行政处罚权",是"土地管理部门依据法律授权享有的行政管理权",同样,"因公共利益需要收回土地的规定,实际上属于土地征用条款,是国家依法定程序和条件对民事主体用益物权的剥夺,这是法定的权力",都不是"基于行政合同享有的行政特权"。[③]

(3)"对优益权以及行政权未来处分的约定"的分析模式

尽管我们无法查阅亚鹏公司签订的国有土地使用权出让合同文本,但是,根据国土资源部和国家工商总局发布的《国有土地使用权出让合同范本(2000年)》和《国有土地使用权出让合同补充协议(2006年)》,我们还是可以做出如下判断,证实亚鹏公司签订的出让合同应当是一种行政协议。

第一,亚鹏公司签订的合同中应当规定了征收土地闲置费、无偿收回土地使用权。这是超越民事法律的规则,属于行政优益权或者主导性权利。

第二,出让合同签订之后,亚鹏公司作为受让人取得了TG-0403号地块国有土地使用权,出让人、也是签约一方的市国土局依据合同也预先同意了其未

① 参见陈少琼:《我国国有土地使用权出让合同法律性质》,载《中国司法》,2004(12)。

② 参见陈少琼:《我国国有土地使用权出让合同法律性质》,载《中国司法》,2004(12)。

③ 参见宋志红:《国有土地使用权出让合同的法律性质与法律适用探讨》,载《法学杂志》,2007(2)。

来将办理有关土地的转让、审批、登记等手续,对其未来的行政行为已经做出了事先的处分。而且,根据合同约定,同意亚鹏公司对该地块进行商住综合开发建设。只要亚鹏公司是按照事先约定的、并经过行政机关批准的土地用途开发利用,建设规划管理部门、房产管理部门就必须办理相应的许可手续。这些行政法上的义务都源自合同,是隐含在合同之中的。

第三,合同约定的“冷藏车间维持现状”,市规划局在复函中进一步解释原因,“由于地块内的食品冷藏车间是目前我市唯一的农产品储备保鲜库,也是我市重要的民生工程项目,因此,暂时保留地块内约7300平方米冷藏库的使用功能,未经政府或相关主管部门批准不得拆除”。因此,亚鹏公司必然承担了“维持现状”“未经批准不得拆除”的义务,这毫无疑问是一种行政法上的义务。

我们还可以进一步分析国土资源部、国家工商行政管理总局发布的《国有建设用地使用权出让合同示范文本(2008年版)》,发现,在文本总计46条之中,涉及土地管理部门未来权力处分的有6条(见表6-3),与其他行政机关职责交集的条款则有6条(见表6-5),也就是说,涉及未来行政权处分约定的条款共12条,约占全部条款的26%。这些条款的约定无疑构成了整个合同的核心内容。

表6-3 《国有建设用地使用权出让合同示范文本(2008年版)》中涉及土地管理部门未来权力处分的约定条款

条款内容	土管部门职责	法律依据
第二条　出让土地的所有权属中华人民共和国,出让人根据法律的授权出让国有建设用地使用权,地下资源、埋藏物不属于国有建设用地使用权出让范围。	出让土地使用权	《城市房地产管理法》第十四条、《土地管理法》第五十五条、《协议出让国有土地使用权规定》第六条
第十一条　受让人应在按本合同约定付清本宗地全部出让价款后,持本合同和出让价款缴纳凭证等相关证明材料,申请出让国有建设用地使用权登记。	办理土地初始登记	《土地管理法》第十一条第二款、《土地管理法实施条例》第五条第一款、《土地登记办法》第三条第二款、第二十七条
第二十条　对受让人依法使用的国有建设用地使用权,在本合同约定的使用年限届满前,出让人不得收回;在特殊情况下,根据社会公共利益需要提前收回国有建设用地使用权的,出让人应当依照法定程序报批,并根据收回时地上建筑物、构筑物及其附属设施的价值和剩余年期国有建设用地使用权的评估市场价格及经评估认定的直接损失给予土地使用者补偿。	审查、报批收回国有建设用地使用权	《土地管理法》第五十八条、《房地产管理法》第二十条、《城镇国有土地使用权出让暂行条例》第四十二条

续表

条款内容	土管部门职责	法律依据
第二十四条　国有建设用地使用权转让、抵押的,转让、抵押双方应持本合同和相应的转让、抵押合同及国有土地使用证,到国土资源管理部门申请办理土地变更登记。	办理土地转让、出租、抵押等变更登记手续	《土地管理法》第六条第一款、《土地管理法实施条例》第六条第一款、《土地登记办法》第三十九条
第二十五条　本合同约定的使用年限届满,土地使用者需要继续使用本合同项下宗地的,应当至迟于届满前一年向出让人提交续期申请书,除根据社会公共利益需要收回本合同项下宗地的,出让人应当予以批准。住宅建设用地使用权期限届满的,自动续期。	审批土地使用权续期	《物权法》第一百四十九条、《城市房地产管理法》第二十二条第一款、《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第四十一条
第二十七条　土地出让期限届满,土地使用者没有申请续期的,土地使用者应当交回国有土地使用证,并依照规定办理国有建设用地使用权注销登记,国有建设用地使用权由出让人无偿收回。	办理土地注销登记	《土地管理法》第七条、《土地管理法实施条例》第七条、《土地登记办法》第五十条

因此,在我看来,行政机关基于公共利益而签订的合同,之所以可以成为一种行政协议,根本原因就在于,行政机关享有优益权,以及对未来行政权的行使与处分构成了整个合同的基调,合同的主要内容、实质约定都集中在这些方面。也就是说,协议主要内容由对行政权未来行使的承诺或约定而形成的。从对出让合同范本的分析看,对行政权的未来处分约定,有些是明确的意思表示,更多的可能是隐性的意思表示。这种分析模式最直截了当,也容易与民事合同拉开距离。

行政机关在签订行政契约之前,应当对未来权力的处分做过合法性审查与沟通,使得合同约定、行政权行使与依法行政原则是吻合的。因此,当事人有权依据行政契约要求行政机关兑现当初的约定,当事人也应该有这样的合法预期,行政机关也应该受到契约的拘束,除非有关法律法规变化使得履约与依法行政原则发生抵触,或者当初的约定违法。

六、对民商法学者质疑的回应

关于行政契约有无的争议,波属云委,不绝于耳,民商法学者指向的场域主要是“混合契约”。对于一些有争议的合同形态,比如,政府招商引资合同、政府采购合同、国有建设用地使用权出让合同、探矿权转让合同、农村土地承包合同、国有企业租赁承包经营合同、经济协作合同、科技协作合同等,是行政合同

抑或民事合同呢？民商法学者与行政法学者一直在角力之中。

崔建远教授近期批评了行政合同的泛化，提出，应当"借鉴英美法上的'近因理论'和法国法上的'直接执行公务说'，选取最接近合同的因果链条，并根据其所蕴含、体现的属性作为认定该合同的法律性质、类型归属。如果最接近合同的因果链条所蕴含、体现的是市场规律，如价值规律；如果该合同项下的权利义务呈现的是对等性，而非隶属和服从，那么，就将该合同认定为民商合同，而非行政合同"。①

崔建远教授进一步指出，"仅仅依赖'近因理论'、'直接执行公务说'，并不总能令人信服地界分行政合同与民商合同，只有同时根据有关主要方面和次要方面、主要矛盾与次要矛盾的哲学思想及思维方法，才有可能周延地定性和定位某合同究竟是行政合同还是民商合同"。②

我也同意，应当采取"近因理论"。崔建远教授也不否定，要进一步分析合同的内容约定的属性。只不过在我看来，分析的方法与路径应当是看是否存在对行政权力处分的约定，而不是笼统地看是否是"符合市场规律""对等"还是"从属"关系。至于哪些合同应当属于行政合同之中的"混合契约"，还有待于做进一步的个案分析。

可以肯定的是，民商法学者一般也不否认，在"混合契约"中也存在着上述"具有行政法上权利义务内容"，或者说，某种(些)超越私法的规则。比如，崔建远教授就承认"这部分权利义务关系属于行政法律关系"，"合同的解释与法律适用必须重视这部分行政法律关系"。"对于行政属性的部分，应该适用行政法律规范"。③

但是，在他们看来，第一，在现代社会，私人的契约权受到公法的某种限制，在民事合同中夹杂着某种行政法内容或者条款，已不鲜见。第二，即便"在一份合同关系中同时存在行政性质与民商法律关系的属性"，也要看"哪种性质处于更重要的地位，更起主导作用"。并进一步认为，这些超越私法规则"因其在整个合同中所占比重较低，故它不改变合同的基本属性"。④

最高人民法院于 2015 年 10 月 28 日作出的〔2015〕民一终字第 244 号民事裁定也采同样的观点。法院认为，"本案合同并未仅就行政审批或行政许可事项本身进行约定，合同涉及的相关行政审批和行政许可等其他内容，为合同履行行为之一，属于合同的组成部分，不能决定案涉合同的性质。从本案合同的

① 参见崔建远：《行政合同族的边界及其确定根据》，载《环球法律评论》，2017(4)。

② 参见崔建远：《行政合同族的边界及其确定根据》，载《环球法律评论》，2017(4)。

③ 参见崔建远：《行政合同之我见》，载《河南省政法管理干部学院学报》，2004(1)。

④ 参见崔建远：《行政合同之我见》，载《河南省政法管理干部学院学报》，2004(1)。

目的、职责、主体、行为、内容等方面看,合同具有明显的民商事法律关系性质,应当定性为民商事合同,不属于新《行政诉讼法》第十二条(十一)项、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》法释〔2015〕9号第十一条第二款规定的情形”。①

对于民商法与行政法上由来已久的争执,为了证成行政契约,我始终的看法就是,对于混合契约,只要能够为民商法原理与规则很好调整的,一律不必强行贴上行政契约的标签。如果部分不能或者全部不能由民商法原理或者规则调整的,那么,契约之中必然夹杂着某些公法内容,必须由公法来规范。② 因此,对于某种混合契约是否要划入行政契约范畴,不单是理论问题,更是实践选择。

但是,在我看来,对契约性质的认识与归类,不取决于不同性质条款的多寡,在契约中所占比重高低,而是看以下两点:

一是契约主要内容是由什么形成的,或者说,主要约定的内容是什么。诚如日本学者指出的,“主要契约内容是由行政处分(相当于我国的行政行为)或公权力行为形成的,以及依法作出行政处分来设定、变更契约内容的情况等,可以认为是含有行政处分程序的契约关系,应当认可其公法的特质”。③ 比如,国有土地使用权出让合同主要是由土地审批、登记,允许建设等行政权处分约定形成的,④而不是仅限于“出让人可依法对受让人警告、罚款乃至收回建设用地使用权”等行政因素。⑤

之所以会与民法学者产生认识上的差异,究其原因,是因为以往我们多关注权利的法律属性,特别是权利的民事属性,比如,土地使用权是一种物权,而忽视了权利出让(转让)过程的行政性。“在中国,个人或组织所拥有的地权,最终都不是来源于法律或习俗,而是来源于政府的授权,权利的实施也必须依赖于政府的保护”。⑥ 以出让合同为例,“出让”“有权出租”“登记手续”等文字,平

---

① http://wenshu.court.gov.cn/content/content?DocID=9ecdadd7-3930-4629-b953-6414290fceef&KeyWord=关于投建经营辉县上八里至山西省省界公路项目的协议书。但是,这个观点也遭到了质疑。参见陈学辉:《政府特许经营协议争讼管道——评最高人民法院〔2015〕民一终字第244号民事裁定》,http://www.sohu.com/a/168661651_657048,访问时间:2017年12月18日。

② 参见余凌云主编:《全球时代下的行政契约》,9页,北京,清华大学出版社,2010。

③ 参见田林:《日本行政契约的立法统制》(中国人民大学法学院博士学位论文,2016年)。

④ 或许,民商法学者会反驳,行政机关签订的民事合同也涉及财政拨款处分的约定,怎么就不是行政协议呢?在我看来,财政权的行使也应受依法行政之拘束,此类合同也必然会受很多公法规则的约束。英美的政府合同就是基于这样的考虑。但在我国,由于合同法的公法化程度已较高,已足以容纳了上述特殊规则,因此,仅此不足以构成合同的主要内容,也不可能推翻合同的属性。

⑤ 参见崔建远:《行政合同族的边界及其确定根据》,载《环球法律评论》,2017(4)。

⑥ 参见曹正汉、史晋川:《中国地方政府应对市场化改革的策略:抓住经济发展的主动权》,载《社会学研究》,2009(4)。

白质朴,看似与民事无异,却隐含着行政机关对未来行政行为的预先同意与处分,双方约定的实际上是一种行政法上的权利义务关系。因此,在行政协议中,往往存在着双层的约定、双层的不同法律关系以及双层的权力属性。我们不能仅关注第一层次的民事属性,还必须重视第二层次的行政法属性。

二是纠纷多发的场域是否与这部分内容密切相关。当合同纠纷主要源自"行政法上权利义务内容"的履行,民商法学者是否同意应当通过行政诉讼解决呢？如果是,这是否意味着"民事合同"(混合契约)纠纷也可能通过行政诉讼解决？还是坚持在民事诉讼上处理？如果诉诸民事诉讼,在审理上是否优于行政诉讼？能够更好地实行合法性审查,适用行政法规则？这恐怕是我们在决定这类合同放在行政审判庭还是民事审判庭上审理,是否要承认行政契约这类特殊合同时,必须审慎思量的问题。至少从诉讼结构与功能上讲,对这类"行政法权利义务内容"引发的纠纷,行政诉讼要优于民事诉讼,更有利于保护当事人利益,因为行政诉讼的基本功能就是控制行政权力,防止滥用,进而保障相对人的合法权益。①

对于符合上述两点的混合契约,纳入行政合同范畴,并不抹杀其部分的民事属性。毋庸置疑,对于行政法律关系争议,行政救济手段最有力；对于民事法律关系纠纷,民事救济方式最恰当。引入行政法规则、行政诉讼结构,仅是解决其中的行政法律关系争议。对于混杂其中的民事法律关系争议,行政诉讼法还专门设有行政诉讼附带民事诉讼制度,能够一并解决,可以邀请民庭法官加入合议庭共同审理,无须另案处理。反之,在民事诉讼上却没有类似制度。至于其中交织部分的衔接处理,还需要进一步研究,比如,行政机关滥用权力导致合同违约,是国家赔偿还是违约责任？我以为,行政合同既然是一种特殊合同,还是按照违约责任,也可以引入"最有利于相对人原则"。

七、协议条款的解释权：一个例证

亚鹏公司是与市国土局签订了《国有土地使用权出让合同》,行政协议的双方当事人应当很明确,就是亚鹏公司和市国土局。合同约定：出让宗地的用途

---

① 民商法学者存在一个认识误区,认为,通过行政救济解决出让合同的纠纷,不利于保护民事权利。比如,宋志红就认为,"如果是适用行政程序规则来解决出让合同纠纷,则可能会对其中民事目标的实现造成极大损害"。因为"一方面,我国是一个强政府弱民众的国家,民众权利本身就面临着遭受公权力侵害的极大危险；另一方面,由于国家垄断土地一级市场,受让人处于经济上的弱势地位。在此情况下,如果再赋予出让人大量行政特权,对受让人而言,则无疑是雪上加霜,使其权利处于一种不稳定的随时可能受到侵犯的状态,并且还会使这种侵害进一步披上'合法的外衣'"。参见宋志红:《国有土地使用权出让合同的法律性质与法律适用探讨》,载《法学杂志》,2007(2)。

为商住综合用地,冷藏车间维持现状。但是,“维持现状”到底是指“维持原工业用地使用性质不变,还是维持地上建筑物及其原有使用功能不变”,双方存有分歧,这成了本案的焦点。

为方便讨论,我将有关分歧争执的过程列表如下(见表 6-4)。

表 6-4 有关条款的争议

亚鹏公司	2006 年 2 月 21 日,与市国土局签订了《国有土地使用权出让合同》,合同约定:出让宗地的用途为商住综合用地,冷藏车间维持现状。领取国有土地使用证后,一直向国土局要求纠正该证的地类使用性质。
市土地收购储备中心	挂牌出让时给竞买人提供的文件资料中,内容涉及出让土地规划用途的有《国有土地使用权公开挂牌出让公告》和《挂牌出让地块规划设计要求》,后一份文件出自市规划局。两份资料均载明“开发用地为商住综合用地,冷藏车间维持现状”。因为有不同理解,市土地收购储备中心向市规划局呈函要求其作出解释。
市规划局	2003 年 10 月 8 日和 2012 年 7 月 4 日,萍乡市规划局两次函称:出具规划条件中已明确了该地块用地性质为商住综合用地(含冷藏车间),但冷藏车间维持现状性质。根据该地块控规,其用地性质为居住(兼容商业)。
市国土局	市规划局出具的规划条件的“冷藏车间维持现状”应该理解为其土地用途维持工业用途的现状。原告坚持要求将冷藏车间的土地用途变更为商住综合用地,那么根据《房地产管理法》第十八条的规定,原告应当补交相应的土地出让金。
一审法院	市规划局函中已讲得十分清楚,维持现状只是维持房屋的适用,并不是维持其土地性质。
二审法院	由于双方当事人对上述土地用途之表述存在不同理解,萍乡市规划局作为用地规划设计的权威机关,就该问题作出了专门答复,明确出让地块用地性质为商住综合用地,包含了冷藏车间,并指出“冷藏车间维持现状”是指暂时维持其使用功能。

从中不难看到,在这起纠纷中,市规划局卷了进来,并出具了有利于亚鹏公司的解释函。根据《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》(1990 年)第 10 条规定,①规划部门应当也是参与土地出让方案,知悉有关情况的。在主审法院看来,“本案所涉及的疑难问题在于,国有土地出让方与受让方对合同条款产生不同理解,第三方行政机关在职权范围内进行解释,是否具有法律效力,对争议

① 《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》(1990 年)第 10 条规定:“土地使用权出让的地块、用途、年限和其他条件,由市、县人民政府土地管理部门会同城市规划和建设管理部门、房产管理部门共同拟订方案,按照国务院规定的批准权限报经批准后,由土地管理部门实施”。

双方能否产生约束力"。[①]

那么,将这类纠纷纳入民事诉讼、采用民法规则处理,与通过行政诉讼、运用行政法审理,审理思路、理由阐释、判决结论是否也会有所不同呢?行政救济会不会效果更优呢?我们不妨逐一做个推演。

这种论证的意义在于,传统行政契约理论一直将行政机关的解释权视为一种行政优益权。对于解释权之争,应当采用公法的审查路径,而且,救济效果显然要优于私法。如果这种理论预设是成立的,那么,无疑可以从某种程度上证成行政契约,也说明行政优益权(比如解释权)不失为行政协议的一个判断标准。

1. 行政契约有关理论

在 20 世纪 90 年代的行政契约研究中,深受王名扬的《法国行政法》影响,津津乐道于法国行政合同中的行政优益权,学者普遍认为,行政机关订立行政契约是为了追求某种行政目的的实现,也应主导行政契约的履行。如果出现对契约条款的理解分歧,行政机关自然有解释权。这属于行政契约中的一种行政特权,甚至不取决双方事先是否约定,行政机关都有此种权利。[②] 但是,这里所指的行政机关一般是签订行政契约的一方,而不是契约之外的第三方。

2. 亚鹏公司案没有突破上述理论

在本案中,代表政府与亚鹏公司签订《国有土地使用权出让合同》的是市国土局。照理来讲,对于合同约定的"出让宗地的用途为商住综合用地,冷藏车间维持现状"究竟何意,市国土局应该心知肚明。出现与亚鹏公司不同的解读,的确有点出人意料。

在阅读本案时,我发现了两个疑点。第一,合同签订之后,亚鹏公司按合同约定向市政府的财政部门交纳了土地出让金、管理费、契税等。当时应当是按照整块土地都是商住综合用地来核算缴纳的,否则,就不会有后来的补交之说。但是,缴纳之时,财政部门并没有异议,应该也是同意亚鹏公司的理解。也就是说,合同上的冷藏车间土地与其他土地性质是一致的,是连在一起的。"冷藏车间维持现状"只是维持功能不变,而不是土地性质不变。第二,据 2012 年 7 月 30 日萍乡市规划局向萍乡市土地收购储备中心作出的

① 参见江怀玉、郑红葛、李修贵:《行政协议履行争议中行政机关对协议条款解释行为的法律效力及司法审查——萍乡市亚鹏房地产开发有限公司诉萍乡市国土资源局不履行行政协议案》,收入浙江大学公法与比较法研究所 2016 年 5 月 21 日在杭州举办的"2016 行政指导案例中美研讨会"论文集。

② 参见余凌云:《行政契约论》(第二版),102 页,北京,中国人民大学出版社,2006。

《关于要求解释〈关于萍乡市肉类联合加工厂地块的函〉》中有关问题的复函称,它“在 2003 年 10 月 8 日出具规划条件中已明确了该地块用地性质为商住综合用地(冷藏车间约 7 300 平方米),但冷藏车间维持现状”。如果确有 2003 年出具的规划条件,市国土局不可能不知晓。所以,在我看来,有财政部门、市规划局的先前行为,市国土局不应该在条款的解释上出现分歧。但是,还是出现了分歧。

那么,怎么办呢?这一宗土地的出让是先由市土地收购储备中心挂牌招标,所以,“冷藏车间维持现状”究竟何意,市土地收购储备中心应当清楚。亚鹏公司便请市土地收购储备中心解释。市土地收购储备中心却向市规划局发出《关于要求解释〈关于萍乡市肉类联合加工厂地块的函〉》,要求市规划局做出答复。因为土地是否允许出让,首先必须符合规划。而且,根据《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》(1990 年)第 10 条规定,“土地使用权出让的地块、用途、年限和其他条件,由市、县人民政府土地管理部门会同城市规划和建设管理部门、房产管理部门共同拟订方案”,市规划局应当明了当初议决。

2012 年 7 月 30 日,市规划局复函称,“该地块(包括冷藏车间)用地性质为商住综合用地”。市规划局的肯定答复,显然具有权威性。之后,市国土局似乎接受了市规划局的解释,对用地性质不再持有异议,却节外生枝,提出另外一个主张,亚鹏公司“取得该宗地中冷藏车间用地使用权是按工业用地价格出让的”,根据《城市房地产管理法》(2009 年)之规定,要将冷藏车间用地的土地用途由工业用地变更为商住用地,应补交土地出让金。从职权法定上看,这的确又回到了土地管理部门的权限范围,因为先前误读了该地块的土地属性,导致了错算土地出让金,所以,需要纠偏。但是,这似乎又是和前面财政部门的行为有着某种矛盾。

从上述一来二往的过程看,对于合同条款的解释权似乎还是掌握在作为行政协议一方的市国土局手上。如果市国土局固执己见或者知错不改,那么,当事人也只能诉诸公庭,别无选择。其实,从本案当事人寻求救济的过程看,它是极希望通过行政机关内部的权威解释来平息分歧的。但似乎法律上没有给出这样的路径。

3. 法院的讨论与裁判

在审理本案过程中,法官也存在两种见解。一种意见认为,市规划局的解释对市国土局没有拘束力。因为市国土局核定的土地出让金价款之所以偏低,就是考虑到冷藏车间为工业用地,工业用地的地价要低于商住综合用地。另一种意见认为,市规划局的解释具有“权威性和有效性”。因为,第一,土地用途是

规划部门确定的。第二，市国土局当初如何核定土地出让金，“是出让方自己的事”，竞买人无从知晓。现在不能因为土地出让金收取过低而要求当事人补交。第三，从出让合同约定的出让年限看，也没有显现出是“分为两宗不同用途地块出让”。[①]

一审、二审法院均采纳了第二种意见，认为市规划局是“用地规划设计的权威机关”，对其出具的解释函进行合法性审查之后，判决该解释对协议双方具有法律约束力。也就是认可了在行政协议中第三方可以享有解释权。这显然突破了传统的行政契约理论，也是最高人民法院选取它作为“典型案例”的规范意义。

法院之所以支持亚鹏公司不再补交土地出让金，据主审法官李修贵副庭长的解释，主要是考虑“维持冷藏车间现状”实际上限制了亚鹏公司的及时开发利用，给后者带来了一定经济损失，所以，在土地出让之时，市国土局核算的土地出让金偏低，也是可以理解与接受的。当然，这个理由并没有写进判决之中。

4. 对上述行政契约理论的进一步修正

在我看来，上述判案与分析，自然形成了两个观点，可以进一步修正、发展行政契约理论。

（1）签约的行政机关仅具有形式意义

市国土局尽管是签约一方，却只具有形式上的意义，它代表的应该是政府一方。因为从出让土地的所有权看，应当属于国家，市国土局不是所有权人。[②]那么，为什么没有让市土地收购储备中心作为签约一方，主要考虑的是合同涉及国有土地出让，涉及土地转让的审批与登记，这些都属于土地管理部门的职责，由它出面签约，更有利于行政协议的执行，提高效率。

因此，我们可以认为，出面签订行政协议的行政机关，一般是行政协议涉及的行政法事项在其法定职责范围之内，或者主要由其管辖。在很多场合下，它仅具有形式上的意义，是政府的代表。因为行政协议的履行很多时候需要其他

① 参见江怀玉、郑红葛、李修贵：《行政协议履行争议中行政机关对协议条款解释行为的法律效力及司法审查——萍乡市亚鹏房地产开发有限公司诉萍乡市国土资源局不履行行政协议案》，收入浙江大学公法与比较法研究所2016年5月21日在杭州举办的“2016行政指导案例中美研讨会”论文集。

② 张瑚、张福林认为，“《土地管理法》规定国有土地的所有权由国务院代表国家行使，而国务院既未通过法规将此项权利的部分权能授权给地方人民政府及其土地管理部门行使，又未通过民事委托的形式将所有权或所有权的部分权能授权土地管理部门。可见土地管理部门对国有土地并不享有民事权利。因此，各级土地行政管理部门的土地出让是其行政职权”。参见张瑚、张福林：《从判例看国有土地使用权出让合同的性质》，载《国土资源》，2006(3)。

行政机关连动配合,其他行政机关也将会依据行政协议产生作为义务,它们是隐身的签约一方。协议之中,不仅有着该行政机关的权力处分约定,如果涉及其他行政机关的职责,也会夹杂着后者的权力处分约定。

为了进一步论证我的观点,我们进一步分析了《国有建设用地使用权出让合同》示范文本(2008 年),[①]梳理出以下与其他行政机关有交集的条款(见表 6-5)。

表 6-5 《国有建设用地使用权出让合同》示范文本(2008 版)中与其他行政机关职责交集的条款

条款内容	相关部门职责	法律依据
第三条 受让人对依法取得的国有建设用地,在出让期限内享有占有、使用、收益和依法处置的权利,有权利用该土地依法建造建筑物、构筑物及其附属设施。	1. 规划部门职责:为受让人办理建设用地规划许可证以及建设工程规划许可证; 2. 房产管理部门职责:为地上所建房屋办理登记手续	1. 规划部门:《城乡规划法》第三十八条第二款、第四十条; 2.《物权法》第九条第一款和第十条、《城市房地产管理法》第六十条第二款
第六条 出让人将出让宗地交付给受让人的日期和交付土地时应达到的土地条件。其中,土地条件按照双方实际约定选择和填写,主要涉及场地平整及周围基础设施情况。	土地储备机构职责:对土地进行前期开发,使之满足出让合同约定的土地条件	《土地储备管理办法》第十六条、第十八条
第十五条 受让人同意在本合同项下宗地范围内同步修建下列工程配套项目,并在建成后无偿移交给政府。	人防办职责:监督防空建设,以兼顾其与城市地下空间开发	《人民防空法》第十七条、第二十二条、《人民防空工程建设管理规定》第六条、第四十五条
第十七条第一款 受让人在本合同项下宗地内进行建设时,有关用水、用气、污水及其他设施与宗地外主管线、用电变电站接口和引入工程,应按有关规定办理。	环保部门职责:审批地上建设项目的环境影响评价文件	《环境保护法》第十三条、《环境影响评价法》第二十二条第一款、《建设项目环境保护管理条例》第十条第一款

① 宋志红分析了《国有土地使用权出让合同》范本(GF—2000—2601)、《国有土地使用权出让合同补充协议》示范文本(试行)(2006 年),挑出了"具有强烈的行政属性,符合行政合同条款的特征"的条款,也就是"对法律规定的行政管理措施予以细化或进一步约定的条款",认为,"这在《出让合同》中体现的并不明显,第 13 条第 1 款有关开工日期的约定带有这种性质。但在 2006 年 7 月 1 日实施的《补充协议》中却处处可见,其第 1 条至第 6 条,第 9 条至第 14 条,全部属于这种类型的条款"。参见宋志红:《国有土地使用权出让合同的法律性质与法律适用探讨》,载《法学杂志》,2007(2)。我也查阅了《补充协议》,发现,第 3 条至第 5 条、第 11 条至第 14 条都是关于规划的要求。其他主要是关于土地闲置的规定。但是,上述两个示范文本已经废止。

续表

条 款 内 容	相关部门职责	法 律 依 据
第十八条　受让人应当按照本合同约定的土地用途、容积率利用土地，不得擅自改变。在出让期限内，需要改变本合同约定的土地用途的，双方同意按照本条第　项规定办理：（一）由出让人有偿收回建设用地使用权；（二）依法办理改变土地用途批准手续，签订国有建设用地使用权出让合同变更协议或者重新签订国有建设用地使用权出让合同，由受让人按照批准改变时新土地用途下建设用地使用权评估市场价格与原土地用途下建设用地使用权评估市场价格的差额补缴国有建设用地使用权出让价款，办理土地变更登记。	规划部门职责：审批受让人提出的土地用途变更申请	《土地管理法》第五十六条、《城市房地产管理法》第十八条和第四十四条、《协议出让国有土地使用权规定》第十六条、《协议出让国有土地使用权规范》第二条
第十九条　本合同项下宗地在使用期限内，政府保留对本合同项下宗地的规划调整权，原规划如有修改，该宗地已有的建筑物不受影响，但在使用期限内该宗地建筑物、构筑物及其附属设施改建、翻建、重建，或者期限届满申请续期时，必须按届时有效的规划执行。	规划部门职责： 1. 调整规划； 2. 监督规划实施	1.《城乡规划法》第四十七条； 2.《城乡规划法》第五十二条、第五十三条

可以想见，上述涉及其他职能部门的条款约定要想实现，并能够写入合同之中，市国土局在签订出让合同之前，至少应当通过内部程序与有关职能部门有过沟通，后者也应当对涉及其职责的合同事项有过事先审查，并已经做出了事先处分，有过承诺。

因此，有关职能部门对相对人的抽象义务，通过出让合同转变成对当事人的具体义务。当事人依据合同约定，便具有了对有关职能部门的请求权。只要当事人严格履约，后者也有进一步完成事先处分的义务，而且，也不存在法律障碍。也就是说，如果不存在有关法律已发生变化，或者情势变迁和重大公共利益需要，致使事先的处分约定违法，那么，后者也具有法定的作为义务，而决不能以非合同签约方为由拒绝履行义务。当然，从诉讼规则看，有关职能部门毕竟不是签约方，与当事人发生的纠纷也不是合同纠纷，而是不履行法定职责。

（2）职权法定决定解释权的归属

从中可以看出，一个行政协议的目的实现，往往涉及多个行政机关，需要

彼此合作协力。依法行政原则,特别是职权法定原则仍然是一个基本原则,是彼此合作的前提。签约行政机关不能越俎代庖,对于涉及其他行政机关职责的事项,还必须由后者来依法履行。如果这个观点是成立的,那么,合同一旦产生纠纷,就应该依据所涉事项属于哪个行政机关职责范围,交由其来决定。

因此,行政协议中的条款如果出现争议,就应该有法定职责的行政机关来负责解释,不见得一定是签约的行政机关。比如,本案中,关于"出让宗地的用途为商住综合用地,冷藏车间维持现状"应当怎么解释,应该由规划部门负责,因为土地出让拍卖的起点是规划,只有符合规划,允许出让的土地,才可能进入拍卖程序。土地出让之后,如何开发、利用、经营,也必须符合规划。[①] 所以,尽管"土地使用权出让的地块、用途、年限和其他条件",是"由市、县人民政府土地管理部门会同城市规划和建设管理部门、房产管理部门共同拟订方案",但在规划上应当是规划部门主导的,土地管理部门是实施机关。对于地块属性,规划局的解释应该具有权威性。在本案中,市国土局也不否认这一点。所以,市规划局出具复函之后,市国土局也不再质疑冷藏车间的土地性质。

因此,在我看来,可以形成一个规则,对于行政协议中有关条款发生理解歧义的,应当根据职权法定的原则,由有权的行政机关做出解释,其他行政机关,包括形式上的签约一方的行政机关都必须遵从。

5. 如果按照民事合同处理,又会有怎样的"解"呢?

在我国,对于民事合同上出现了条款规定不清或者歧义,一般是"以契约当事人意思为准"。梁慧星教授认为,"解释契约时应探究缔约当事人的意思,而不拘于文字的字面意思"。[②] 崔建远教授也持基本相同观点,"解释系争合同条款,应当探求已经表示出来的当事人的真意"。[③] 根本理由就是合同是双方当事人合意的结果。这已经比较接近英美法系的主观主义学说(Subjective theory),"主观主义坚持把探寻双方当事人一致同意的意思放在首位"。[④] 但是,"由于合同解释不仅直接关系当事人双方重大经济利益,而且往往影响社会公共利益,如果过分强调当事人内心的意思,必至损害他方利益及社会公益,不

① 《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》(1990年)第17条规定:"土地使用者应当按照土地使用权出让合同的规定和城市规划的要求,开发、利用、经营土地。"

② 梁慧星:《论合同解释》,载《现代法学》,1986(1)。

③ 崔建远:《合同解释与法律解释的交织》,载《吉林大学社会科学学报》,2013(1)。

④ 崔建远、杨明刚:《如何选定合同用语的含义——合同解释问题研究》,载《法学》,1996(12)。

能不予一定限制”,[1]比如,应当符合法律,尤其是不得违反法律、行政法规的强制性规定。这算是民法上的通说了。

在亚鹏公司案中,土地管理部门认为是“冷藏车间的用地性质保持不变”,而亚鹏公司却以为是“保持冷藏车间的功能不变”。双方当事人出现不同解读,是缔约时存在着认识上的误解。因此,对于亚鹏公司案出现的理解歧义,必须进行合同解释。如何探究“当事人的真意”呢?

在浙江大学公法中心召开的指导性案例研讨会上,有些行政法官认为,民商法上强调“尊重意思自治”,依循民事路径处理,法官定会去探究当初双方当事人在签订协议时到底是怎么理解的,也就很有可能会认为,合同签订之时亚鹏公司存在重大误解,还是应当按照土地管理部门的意见办理。[2]

但是,那次会议上没有民商法学者出席,也就无从听取其辩驳。那么,民商法学者究竟会持怎样的见解呢?我请教了三位民法教授,获得了三种分析路径,但结论都是一样的。

第一种是认为,土地用途是事先由规划部门确定的,出让方不能违背土地用途,所以,法院应当尊重、认可规划部门的解释。[3] 这应该算是“运用合理的客观标准(Objective standard of reasonableness)去判定选取哪一方当事人理解合同用语的含义”吧。[4]

第二种是认为,土地出让合同属于格式合同。争议条款内容清晰,协议双方却解读不同。根据《合同法》(1999 年)第 41 条规定,“对格式条款有两种以上解释的,应当作出不利于提供格式条款一方的解释”。土地出让合同是依据建设部的范本制定的,由土地管理部门提供,因此,对争议条款应当解释为“保持冷藏车间的功能不变”,对相对人才是有利的。市规划局的函件只是一个佐证,

---

① 梁慧星:《论合同解释》,载《现代法学》,1986(1)。

② 在那次会议上,与郑春燕教授交谈,她也持这种观点。通过阅读有关民法文献(崔建远、杨明刚:《如何选定合同用语的含义——合同解释问题研究》,载《法学》,1996(12)),或许,在民法上可能会有这样的解释。“如果双方当事人都确实不知道对合同用语的含义的理解存有错误,其中一方当事人应当知晓对方当事人对合同用语的含义有另外的理解,即具有过失,那么,通常以该对方当事人对合同用语的理解来选定合同用语的含义,即作不利于过失之人的解释”。按照这种观点,估计亚鹏公司会处于不利地位。据说,美国 Frigaliment lmporting Co. v. B. N. S. lnternational Sales Corp 案判决“与我国合同法一贯精神相一致”。套用该案的分析来阐释判决理由应当是,“尽管受让方可从功能上理解该条款,但并不意味着出让方也有理由知道这一点。因而,受让方有责任证明该条款是在功能上而非在用地性质上使用的。实际上这是难以证明的。故而应按出让方对条款的理解作为合同所言之含义”。如果是这样,民事救济显然不利于贯彻依法行政原则,对相对人的保护也不利。当然,我不是民法专家,不敢妄断。而且,询问了几位民法教授,他们也都没有提及这种处理方式。所以,姑且存疑。

③ 我请教了崔建远教授,他认为这个案件有点复杂,但他持上述看法。

④ 崔建远、杨明刚:《如何选定合同用语的含义——合同解释问题研究》,载《法学》,1996(12)。

有无皆可。[①]

第三种是认为,土地出让合同尽管有建设部的范文,却不能算是格式合同。但是,从合同目的看,是开发商住,而且,双方在合同中也没有约定分阶段解决土地用地性质,所以,法官一般会倾向亚鹏公司的主张。[②]

上述第一种处理,就和上述行政法上的认识几乎没有什么差别了,但却不是从依法行政、职权法定的角度出发,法院也不太可能对规划部门解释的合法性进行深度审查。第二种和第三种都是将土地出让合同完全视为民事合同的解决方式,从救济效果看,也与行政法上的救济趋同。因此,在我看来,“亚鹏公司案”或许不是一个好的样本,它没有彰显出公法与私法救济的迥然不同。这也印证了我的一个基本判断,行政优益权作为行政协议的判断标准,可能说服力不够。但是,至少可以说,将土地出让合同纳入行政协议范畴,救济效果不亚于私法上的救济,不会出现民商法学者担心的对当事人保护不利的问题,而且,公法解决方式更加简洁,还能够通过行政诉讼发挥对行政权依法行使的监督作用。

八、结　　论

行政协议的判断标准,映衬出行政合同与民事合同的不同。为了证成与建构行政协议,有两条路径可供我们选择。一条进路是,将行政契约作为民事合同的一类特殊合同,从公共利益出发,找出与民事合同不同之处,比如,超越私法的规则,或者行政法律关系。但是,在当下,私法已经明显趋向公法化的情境中,上述进路很难说服民商法学者接受行政契约观念。而且,在民商法学者看来,在合同之中可以接受“超越私法的规则”,但应该是很有限的。他们也不太会接受法国人的自圆其说,行政合同之所以是一种合同,不是从“作为意思自治的工具”角度出发,而是在“作为稳定合作机制”上的统合。[③] 这似乎有偷换概念之嫌。

另外一条进路是,将行政契约看成完全不同于民事合同的品格。在行政法学者看来,在当下市场机制不完全成熟、信用制度尚未确立的情境下,很难完全通过市场竞争、民商法机制来保证合同追求的行政目的的充分实现,所以,需要

① 我请教程啸教授,他持这种观点。

② 我请教韩世远教授,他持上述看法。

③ 在法国人看来,“行政合同从其诞生之初,就没有被作为意思自治的工具,而是被视为一种旨在实现公共服务之良好运作的合作机制”。参见陈天昊:《在公共服务与市场竞争之间——法国行政合同制度的起源与流变》,载《中外法学》,2015(6)。

与民事合同不同品质的行政合同,引入更多的公法规则与保障机制。

我们可能更加偏好后一条路径。在这一论证的路径上,传统的“主体说”“目的说”(公共利益)显得苍白无力,形式意义大于实质意义。要证成行政契约,上述标准都必须结合并最终落实到“具有行政法上权利义务内容”这一个重要标准之上。

在我看来,对“具有行政法上权利义务内容”的阐释,以往学者多拘束于行政优益权理论,而忽视了隐含在行政契约之中的行政机关对未来行政权处分的约定。这是一方面。另一方面,行政协议的目标实现,可能还涉及其他行政机关的连动配合。所以,合同约定有时也涉及相关行政机关的职责,也经其允许做出了事先的处分。也就是说,在签订行政协议之前,有关条款应当也经过了相关行政机关的审定,签约行政机关与相关行政机关也一定有过沟通。合同履行过程中,只要恰当履行,条件成就,签约行政机关与相关行政机关就必须履约,做出相应的行政行为,履行相应的行政义务。司法解释中的“具有行政法上权利义务”恐怕更多的是指上述这些内容。

“益民公司案”与合法预期保护*

目　　次

一、引　　言

追溯制度的发展史，我们会发现，其实，在当下流行的政府信赖保护(Vertrauensschutz)、合法预期(legitimate expectations)之前，最早进入我国行政法学者眼帘的，却是诚实信用原则或者诚信原则，这甚至可以追溯至20世纪

* 本文是我主持的国家社科基金项目(一般项目，批准号07BFX023)“行政法上的合法预期制度”的阶段性成果，也是2007年教育部“新世纪优秀人才支持计划”项目的成果。管君帮助收集了《最高人民法院公报》刊登的所有行政案件，陈鹏检索并提供了从“北大法律信息网”上收集的有关案例，在此致谢。本文的主要内容以“孕育在法院判决之中的合法预期”为标题发表在《中国法学》，2011(5)。

90年代初。[①] 这显然是受私法长期熏陶的自然流露，或许也受到当时流入大陆的一些我国台湾地区行政法作品的影响。德日行政法上早有诚信原则的讨论，我国台湾地区行政法理论与实务也多受侵染。

最先走入行政审判，走进法官判词的，也是“诚信”或者“诚实信用”。[②] 或许是受到私法的强烈影响，法官们在判决中会不由自主地援引这个术语，尤其是遇到那些行政法律关系和民事法律关系交织的案件，公法与私法交叉的领域，更是如此。[③] 也许是因为诚信原则在行政法上多流于宏观叙述，不能提供具体的方法、技术与规则，因此，在我们见到的案例中，也仅限于阐释性的注脚式运用，没有成为行政判决的直接依据。

相形之下，我国学者对政府信赖保护和合法预期的关注较晚，教科书或者论文中出现“信赖保护”术语与介绍大约是在2000年前后，对合法预期的系统研究要再晚两三年。引用政府信赖保护和合法预期的案例十分罕见。在浏览最高人民法院公报从1985年创刊至2009年（截至第10期）所有75起行政案件中，我没有发现一个判决提及“合法预期”（legitimate expectation），也没有发现一个判决直接依据了“政府信赖保护”。但是，这决不意味着我国法院根本就与这些重要的行政法原则没有机缘。“益民公司诉河南省周口市政府等行政行为违法案”（以下简称“益民公司案”）就是一例。[④] 该案本该成为一个经典，却似乎没有在学界激起太多的涟漪。[⑤] 我想通过本文重新唤起学

---

① 比较早的作品，比如，戚渊：《试论我国行政法援引诚信原则之意义》，载《法学》，1993(4)。之后，偶尔有零星作品问世。比较集中的研究出现在刘莘教授主编的《诚信政府研究》（北京大学出版社，2007）以及阎尔宝的《行政法诚实信用原则研究》（人民出版社，2008）。

② 比如，福州三福钢架制品有限公司诉长乐市国土资源局解除土地使用合同案。在该案审判中，法院认为：“上诉人关于‘合同在征地审批前应全部无效’的诉讼理由与其作为一级人民政府的土地管理职能部门应当恪守的政府信誉极不相称，且不能解释其代表政府与外商投资企业三福签订‘外商投资企业土地使用合同’时履行了行政法上的诚信义务，故该理由不能成立。”载国家法官学院、中国人民大学法学院编：《中国审判案例要览》（2003年行政审判案例卷），46页，北京，中国人民大学出版社、人民法院出版社，2004。

③ 在“北大法宝”的司法案例库中，选择“行政案例”类别，以“诚实信用”为关键词检索全部案例，可得到437个条目；以“诚信”为关键词检索，可得175个条目。但陈鹏的检索结果是，涉及“诚实信用”的有440个条目，除一个是民事判决误放入之外，应该为439个。据他的研读，这些案例大致可分为三类：(1)涉及商标、专利领域的行政裁决与行政许可；(2)涉及不动产权属方面的行政裁决与行政登记；(3)反不正当竞争领域的行政处罚。其中，出现在判决说理或者案例解说中的“诚实信用”“诚信”，绝大部分是对当事人民事活动的要求，直接用来规范行政权的，少之又少。

④ 载《最高人民法院公报》，2005(8)。

⑤ 针对该案的文章似乎不多，我从百度上只搜到了两篇，一篇是从信赖保护角度的案例点评，《论法院与行政信赖利益的保护》，http://miaoshou.fyfz.cn/blog/miaoshou/index.aspx? blogid=130405；另外一篇仅是例举，王贵松：《论行政法原则的司法适用——以诚实信用和信赖保护原则为例》，http://www.studa.net/xingzhengfa/080312/09423736.html。访问时间：2010年12月3日。在我的印象中，例举该案的信赖利益或保护的文章似乎还有一些，但肯定不多。

人的关注。

为了讨论方便,我先把案情简要勾勒一下(如表 7-1)。

益民公司经工商注册成立于 1999 年 4 月,但未取得燃气经营资格。2000 年 7 月 7 日,根据原周口地区建设局以周地建城〔2000〕10 号文对益民公司作出《关于对周口市益民燃气有限责任公司为“周口市管道燃气专营单位”的批复》,益民公司成为周口城市管道燃气专营单位。益民公司取得该文后,又先后取得了燃气站《建设用地规划许可证》,周口市(现周口市川汇区)大庆路、八一路等路段的燃气管网铺设《建设工程规划许可证》和《建设工程施工许可证》等批准文件。已在周口市川汇区建成燃气调压站,并在该区的主要街道和部分小区实际铺设了一些燃气管道。

2002 年 9 月 23 日。周口市规划管理局通知益民公司停止铺设管道工作。

2003 年 4 月 26 日,市计委向亿星公司、益民公司等 13 家企业发出邀标函,着手组织周口市天然气城市管网项目法人招标。6 月 19 日,市计委依据评标结果和考察情况向亿星公司下发了《中标通知书》。6 月 20 日,市政府作出周政〔2003〕54 号《关于河南亿星实业集团有限公司独家经营周口市规划区域内城市管网燃气工程的通知》(以下简称 54 号文)。54 号文送达后,亿星公司办理了天然气管网的有关项目用地手续,购置了输气管道等管网设施,于 2003 年 11 月与中国石油天然气股份有限公司西气东输管道分公司(以下简称中石油公司)签订了“照付不议”用气协议,并开始动工开展管网项目建设。

益民公司认为,市计委、市政府作出的《招标方案》《中标通知》和 54 号文违反了法律规定,并侵犯了其依法享有的管道燃气经营权,向河南省高级人民法院提起行政诉讼。后又向最高人民法院提起上诉。

表 7-1 本案的一些重要事实(按照时间顺序列表)

时　　间	事　　实
1999 年 4 月	益民公司经工商注册成立,(未取得燃气经营资格),经营范围为管道燃气、燃气具、高新技术和房地产。
2000 年 7 月 7 日	原周口地区建设局以周地建城〔2000〕10 号文对益民公司作出《关于对周口市益民燃气有限责任公司为“周口市管道燃气专营单位”的批复》,批准益民公司为周口城市管道燃气专营单位。
2000 年至 2002 年	益民公司先后取得了燃气站《建设用地规划许可证》,周口市(现周口市川汇区)大庆路、八一路等路段的燃气管网铺设《建设工程规划许可证》和《建设工程施工许可证》等批准文件。到一审判决为止,益民公司已在周口市川汇区建成燃气调压站并在该区的主要街道和部分小区实际铺设了一些燃气管道。

续表

时　间	事　实
2002 年 9 月 20 日	针对周口市两个燃气公司即益民公司和周口市燃气有限公司(由周口市政府与北京中燃公司联合组建,后来解散)并存的状况,市政府常务会议作出决议称:“不管什么情况,在没弄清问题之前,益民公司铺设管道工作必须停止,此事由市规划管理局负责落实。”
2002 年 9 月 23 日	周口市规划管理局作出了通知,其中称:“根据《河南省〈城市规划法〉实施办法》第三十三条‘在城市规划区内新建、扩建、改建建筑物、构筑物、道路、管线和其他工程设施,城市规划行政主管部门应提供规划设计条件,建设单位和个人必须取得建设工程规划许可证’的规定和周口市人民政府常务会议纪要〔2002〕5 号要求,不管什么情况,在没有弄清问题之前,益民公司铺设管道工作必须停止。”
2003 年 4 月 26 日	市计委向亿星公司、益民公司等 13 家企业发出邀标函,着手组织周口市天然气城市管网项目法人招标。
2003 年 5 月 2 日	发出《周口市天然气城市管网项目法人招标方案》。
2003 年 5 月 12 日	正式举行招标。
2003 年 6 月 19 日	市计委依据评标结果和考察情况向亿星公司下发了《中标通知书》。
2003 年 6 月 20 日	市政府作出周政〔2003〕54 号《关于河南亿星实业集团有限公司独家经营周口市规划区域内城市管网燃气工程的通知》(以下简称 54 号文),其中称:“由河南亿星实业集团公司独家经营周口市规划区域内城市天然气管网工程。”
2003 年 11 月 9 日	周口市建设委员会作出周建城〔2003〕39 号文,以原周口地区建设局周地建城〔2000〕10 号文授予益民公司管道燃气专营单位资格缺少法律依据,不符合有关规章和规范性文件,属越权审批为由废止了该文。

该案被最高人民法院公报选登出来的,不是一审判决,而是由最高人民法院受理的上诉案件。在二审判决中,交相辉映着诚信与信赖。其中,至少有 4 处提到“信赖利益”,有 1 处提到“政府诚信原则”,有 2 处提到“基于信赖”(基于对被诉行政行为的信赖)。在“裁判摘要”中还特别指出“被诉具体行政行为违反了法律规定,且损害了相对人的信赖利益”。

我有一个很强烈的猜想,这是学者和法官的一次成功“合谋”。本案中,被上诉人周口市人民政府和周口市发展计划委员会的委托代理人分别是应松年、张树义和马怀德教授,原审第三人河南亿星实业集团有限公司的委托代理人之一是宋雅芳教授。上诉案件又由与行政法学界有着较为密切联系的最高人民法院行政庭法官审理。因为上述学者的介入,并将行政法上的诚信、信赖保护带入了法庭辩论之中,得到法官应合,让这些尚未被法律规定的术语出现在法院的判词之中。

或许,人们在看到益民公司案的这些判词时,比较容易联想到的是德国法上的政府信赖保护。这丝毫不奇怪。法官、律师和学者交谈的就是德国法上的知识。按常理,对本案的研究,也应该采用德国法上的信赖保护这一种理论分析工具。但我更想做的却是,援引与之形同神似的英国、澳大利亚、新西兰等普通法国家和欧共体的合法预期,作为参照物,作为整个研究的基本参数与坐标,进一步审视和评判。其间,为比对效果与异同,偶尔也会涉及信赖保护,但更多的时候会干脆把信赖保护放到一边,直接从合法预期去分析,期望在目光往返之间寻觅到新的智识、新的发现。

在文中,我将追问:法官多次提到的“信赖”从何而来?法官心目中的“信赖利益”是什么?是否有着超越《行政诉讼法》(1989 年)第 2 条所说的“合法权益”、《国家赔偿法》(1994 年)规定的可赔范围之外的新奇涵义?我更想拷问的是,判词中出现的“诚信”“信赖利益”,对判决结果有着怎样的影响?是判决的直接依据、惟一依据,还是判决理由的一个注脚?换句话说,即便判决之中不引入这些“辞藻”,现有的法院救济是否也足以应付自如、左右逢源?这实际上是在做着一种测试,我想检测出本案的意义到底是语义上的,还是实质上的;是阐释上的,还是结果上的。

二、存在合法预期吗?

在益民公司案之前,甚至之后,在可供公开查阅的法院判决文献中,目光所及,我们几乎寻觅不见合法预期或者政府信赖保护的踪迹。所以,我们还无法从以往的审判经验中获取法官是如何判断信赖或合法预期的存在。在益民公司案中,法院在判决书中多次谈到了益民公司有“信赖”和“信赖利益”,这是无容置疑的认可,但上下文之间却没有德国法所崇尚的精细推导,更缺少英国法的说理,似乎过于直率和粗糙,仿佛从石头缝里一下子蹦出来。而据我们阅读获知,德国、英国有关理论之中,对于是否存在信赖或合法预期的判断,牵涉很复杂的标准。所以,我们还必须帮助法官补上这个功课。

在该案中,交织着益民公司与亿星公司的权益纠纷,它们共同关注的都是政府的第 54 号文是否合法?是否会被撤销?而益民公司还多了一道关注,就是先前给它的 10 号批文还作数吗?这是我们讨论合法预期是否存在的基本情境。

1. 益民公司有合法预期吗?

无论是德国法的信赖保护,还是英国法的合法预期,都必定产生于行政机关

的行为，但各自指称的术语不同，德国称之为“信赖基础”（Vertrauensgrundlage），英国称作行政机关的“意思表示”（representation）。在个案中是否有着这样的“信赖基础”或者意思表示，是判断是否存在信赖、预期的第一个核心标准。

在益民公司案中，我们很容易就能找到这个“基础”和“意思表示”。原周口地区建设局在《关于对周口市益民燃气有限责任公司为“周口市管道燃气专营单位”的批复》（周地建城〔2000〕10 号文）（以下简称 10 号批文）中以明确无疑的文字写道：“根据设计方案及专家论证，该项目既能近期满足工业与民用对燃气的需要，又能与天然气西气东输工程接轨。经审查，批准你公司为周口城市管道燃气专营单位。”

在一位英国法官看来，这个批文针对的对象绝不是宽泛的，而是直接针对且仅针对益民公司。意思表示也极其清晰、不含糊（clear and unequivocal representation）、不附带条件（unconditional）。这显然具有了某种契约性质，能够让益民公司产生合法预期，而且是一个实体性预期（substantive expectations），它将一直具有“周口城市管道燃气专营单位”的资格，不会被随意剥夺。这其中显然也潜藏着一种经营并长期获取的利益。同样，在一位德国法官读来，这个批文显然构成了一个“信赖基础”，是一个有效表示国家意思的“法的外貌”（Rechtsschein），一个足以引起信赖的事实或行为，且与行政机关有关，是行政机关所为。

但是，光有行政机关的上述行为与意思表示还是不够的，根据德国的信赖保护理论，当事人还要有“信赖表现”。这是判断是否存在着信赖的另外一个核心标准。也就是说，要寻求信赖保护，必定要有外化的盘算、投入等信赖表现。[①]看上去，这似乎有别于英国。

从英国的判例法来看，只要是对个人的清晰的、不含糊的意思表示（representation）或者承诺（promise），就足以产生合法预期，不取决于是否存在信赖，或者信赖受损（detrimental reliance）。Craig 就曾说过，“信赖，尽管在多数案件中有潜在关系，但却不是必不可少的”（reliance, though potentially relevant in most cases, is not essential）。[②] 在英格兰和威尔士有过这样的判例，即便当事人事先对有关政策一无所知，也有着这样的合法预期，行政机关在执行政策时必须一视同仁，同等对待。在决定对其不适用该政策时，必须说明

---

① 参见吴坤城：《公法上的信赖保护原则初探》，载城仲模主编：《行政法之一般法律原则（二）》，239～240 页，台北，三民书局，1997。

② Cited from Daphne Barak-Erez, “*The Doctrine of Legitimate Expectations and the Distinction between the Reliance and Expectation Interests*”, *European Public Law*, 2005, Volume 11, Issue 4, p. 589.

理由。[1]

但其实不然。根据 Daphne Barak-Erez 的研究,仅有纯粹意义上的预期(expectations in the “pure” sense)而不涉及信赖,法院就予以保护的情形极罕见。[2] 在英国的诉讼中,作为一个事实问题,通常还是要证明存在着信赖,假若没有,那么,将会影响到要不要保护预期(such reliance will, as a matter of fact, typically be present and, where it is not, this may sound on whether the expectation should be protected)。[3] 惟有如此论证一番,当事人才能主张行政机关食言是违法的,法院也才能判断出当事人是否有“足够利益”(sufficient interest)。在法院看来,信赖受损,不总是金钱上的,还可以是道义形态(where there is detrimental reliance, this need not always be monetary but may be moral in form)。[4] 尽管损害是否存在及大小,不会左右法院的态度,[5]但要是存在损害,损害愈明显,程度愈深,也愈容易得到保护。[6]

在益民公司案中,法院也特别关注到益民公司已经开展的经营活动,并有一定投入的事实。这个事实是客观存在的。我还找到一篇有关该案的新闻报道,记者详细地描述了投入的规模,他写道:“1999 年,益民公司从周口市建设局拿到了燃气管道专营许可,并已经为二百多户的居民供气。周口市益民燃气公司副经理马峰也表示‘主干线已经形成环状铺设整个城市了,支线和主要干道都已经铺设完毕了’。”[7]上述事实表明,益民公司的确因 10 号文而产生了预

---

① Cf. Gordon Anthony, *Judicial Review in Northern Ireland*, Hart Publishing, 2008, pp. 183-184.

② 只有当行政决定仅影响一个有限的人群(a limited group),且法院干预不会妨碍行政机关行使裁量权时,方有可能。Cf. Daphne Barak-Erez, “*The Doctrine of Legitimate Expectations and the Distinction between the Reliance and Expectation Interests*”, *European Public Law*, 2005, Volume 11, Issue 4, p. 601.

③ Cf. Gordon Anthony, *op. Cit.*, p. 183, 186.

④ Cf. Gordon Anthony, *op. Cit.*, p. 183.

⑤ Cf. C. F. Forsyth, “*The Provenance and Protection of Legitimate Expectations*” (1988) 47 *Cambridge Law Journal* 259. Cf. Iain Steele, “*Substantive Legitimate Expectations: Striking the Right Balance*” (2005) 121 *Law Quarterly Review* 310.

⑥ 荷兰的经验也表明,具有值得保护的信赖事实,这一点很重要。假如没有这种预期,当事人就不会实施这种行为,其状况也不会因此发生某种程度的改变。如果不满足这种预期,那么他必将受到损害。如果不是后来行政机关有了新的处理决定,他的利益也不会变得如此举足轻重(If no disposition has yet occurred, the interests of the person in whose mind the legitimate expectations have been created weigh less strong.)。Cf. J. B. J. M. ten Berge & R. J. G. M. Widdershoven, *The principle of legitimate expectations in Dutch constitutional and administrative law*, in *Netherlands reports to the fifteenth international congress of comparative law* (E. H. Hondius ed., 1998), p. 422, 442, 447.

⑦ 《经济信息联播:企业纠纷 西气东输受阻河南周口》,http://www.nen.com.cn/74333583107424256/20031203/1281779_1.shtml,访问时间:2010 年 10 月 3 日。

期,而不是"完全潜藏于内心、而未有任何显现其信赖的期望"。[①]

在本案的审理中,一审、二审法院显然都充分考虑了益民公司的投入事实以及遭受的损失,也更愿意保护其基于10号文而产生的信赖或合法预期。更确切地说,即便当事人和行政机关有混合过错(见下述),法院也无法完全忽视、不顾忌当事人的损失,必定要为其提供一定的救济,否则就是不公正。[②]

所以,我们可以相当肯定地说,假定益民公司拿到第10号批文是没有任何瑕疵的,它当然可以合理地预期:在约定的期限内持续拥有对周口市天然气的专营权;即便将来"西气东输"成为现实,也不会改变其经营事实。也就是说,它可以合理预期的是一种持续的授益或好处(the continuation of the benefit or advantage)。如果行政机关未来要改变,就必须事先通知它,经过听证。未经充分的听证就剥夺上述授益或好处,就是不公正的。一种公正程序的保障,是这种情境(the circumstances)下必然产生的要求。[③] 当事人对行政机关的这种信赖应当受到法律的保护。

或者,我们还可以套用德国法上信赖保护的公式,10号文是信赖基础(Vertrauensgrundlage),经营与投入是信赖表现(Vertrauensbetätigung),当事人先有基于10号文而"发生于内心层次的信赖",并进而有经营投入等"显现于外的举措",两者是信赖保护的必备条件,[④]当事人都满足了。

但是,从法院已经认定的有关事实看,益民公司是在没有燃气经营资格的情况下取得了营业执照。也就是说,在当时的法律政策条件下,行政机关严格执法,就不应该授予益民公司燃气经营权。有意思的是,有关行政机关在明知或者应该知道其没有燃气经营资格的情况下却批准并颁发了营业执照。作为专业公司,益民公司显然也应该知道有关法律手续尚欠缺,却仍然申请并领受了营业执照。所以,第10号批文一"出生"就带有"原罪",是双方

---

① 参见林三钦:《法令变迁、信赖保护与法令溯及适用》,14页,台北,新学林出版股份有限公司,2008。

② 所以,一审法院在认定10号文存在瑕疵并构成违法的前提下,仍然在判决的两处重申了"对此,市政府及有关职能部门负有责任","对此,市政府及有关职能部门负有一定的责任"。并毫不含糊地指出:"在益民公司的燃气经营权被终止,其资金投入成为损失的情况下,市政府应根据政府诚信原则对益民公司施工的燃气工程采取相应的补救措施予以处理。"二审法院肯定了"益民公司根据原周口地区建设局于2000年7月7日作出的周地建城〔2000〕10号文,已取得了燃气专营权"。并指出,在该批文仍然有效的前提下,"市计委亦应在依法先行修正、废止或者撤销该文件,并对益民公司基于信赖该批准行为的合法投入给予合理弥补之后,方可作出《招标方案》"。

③ Cf. P. P. Craig, "*Legitimate Expectations: A Conceptual Analysis*" (1992) 108 (JAN) *Law Quarterly Review* 79-80.

④ 参见林三钦:《法令变迁、信赖保护与法令溯及适用》,9-22页,尤其是第13页,台北,新学林出版股份有限公司,2008。

混合过错下的产物。这种"写在额头"的瑕疵似乎足以让行政机关有理由撤销批文。

那么,我们就必须去回答,在这种混合过错作用下形成的具有相当明显瑕疵的许可,是否能够导致益民公司的合法预期呢?换句话说,一个已经取得的权利(acquired right),但却带有先天的不足和瑕疵,是否能够产生合法预期,并要求法院保护呢?这个问题有点复杂。英国和荷兰、德国、日本的认识与处理也不尽相同。

在英国,这种情形算作行政机关越权的意思表示。在司法上,区分权限内的意思表示和越权的意思表示(a demarcation between intra and ultra vires representations)的意义,最初是由 Sedley J. 在 *R. v Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, Ex p. Hamble (Offshore) Fisheries Ltd*. 案中提出的。在他看来,违法的意思表示不会产生合法预期。因为,让行政机关受制于违法的意思表示,将产生双重效果,一方面,违法地扩展了法定权力,另一方面,因允许了行政机关任意扩展其权限,将损害越权无效原则(He stated that to bind public bodies to an unlawful representation would have the "dual effect of unlawfully extending the statutory power and destroying the ultra vires doctrine by permitting public bodies arbitrarily to extend their powers")。但是,这个观点受到了 P. Craig 的强烈批判。Criag 认为,仅凭合法性原则,就断定违法的意思表示绝对不能产生合法预期,这是不妥当的。他祭起的武器是利益衡量。越权无效原则的受益者是公众整体,但是,在特定的情景下,不意味着公众受益就一定大于受越权意思表示影响的当事人所遭受的困难。他说道:"合法预期存在本身并不是行政机关定然受到拘束的充分条件,尤其是因为意思表示是越权的。但是,合法预期的存在必定是一个信号,说明其中涉及法的安定性问题。它必会触动法院,去平衡合法原则和法的安定性原则。"(The existence of a legitimate expectation is not, however, a sufficient condition for binding the public body, precisely because the representation is ultra vires. The existence of a legitimate expectation does, however, serve as a signal that issues of legal certainty are involved in the case. The existence of such an expectation should, therefore, operate as a trigger to alert a court that a balance between the principles of legality and certainty may be required.)在 *Rowland v Environment Agency* 案的审理中,May L. J. 尽管没有全盘接受 Craig 的上述观点,尤其是通过利益权衡来断定是否提供实体性救济的观点,但是,他还是向前迈出了一步。他指出,行政机关违法的承诺或实践也可能产生

合法预期,只不过对持有预期的当事人的实体性救济,必须仅限于行政机关合法权限范围之内(an unlawful promise or practice of a public body can give rise to a legitimate expectation, albeit that the substantive relief that may be afforded to the person holding that expectation is limited by the scope of the public body's lawful authority.)。[①] 这成了通说。假如当事人没有过错,法院一般采取赔偿了事。

相对于英国的保守,荷兰、德国、日本更激进些。从荷兰的经验看,先前作出的行政决定虽有错误(error),但是,经过了一个足够长的时间,行政机关就有可能会丧失撤销的权力(forfeits its right of withdrawal)。[②] 在德国、日本和我国台湾地区的行政法理论中,也有类似的制度,称为"行政行为撤销的除斥期间",一般是行政机关"知有撤销原因时起二年内为之"。[③] 之所以如此,是为了保护法的安定性和相对人的信赖,也是对行政机关长期不履行法定职责的一种制裁。甚至,"对违法授益行为的信赖利益提供保护",被视为德国法上信赖保护原则的基本核心价值。[④]

假如我们认可上述理论,那么,即便益民公司在获得10号批文时存在着资格瑕疵,但是从1999年至2002年长达3年时间里,行政机关没有任何的否定或撤销举动,相反,却不断地发给其《建设用地规划许可证》,《建设工程规划许可证》和《建设工程施工许可证》等批准文件。随着时间的流逝,行政机关也逐渐丧失了撤销的可能。

但是,在本案中,一审和二审法院之所以都毫不含糊地承认了益民公司具有合法的经营权,在判决书上也没有多少着墨,并不是法院接受了上述理论,而是因为后来的行政政策发展朝向了有利于益民公司。有关机关主动放弃了"燃气经营资格"的政策要求。[⑤] 就益民公司方面而言,染上的瑕疵自然愈合。这就是我们所熟悉的在法律政策适用上的从旧兼从轻原则。

这意味着,在一审和二审法院看来,上述在取得专营权过程中的瑕疵,已不

---

① Cf. Sarah Hannett & Lisa Busch, "*Ultra Vires Representations and Legitimate Expectations*" (2005) *Public Law* 729-732.

② Cf. J. B. J. M. ten Berge & R. J. G. M. Widdershoven, *op. Cit.*, pp. 439-440.

③ 参见李惠宗:《行政法要义》,361页,台北,元照出版有限公司,2007。章剑生和朱新力教授在各自的著作中也颇赞成除斥期间。参见章剑生:《现代行政法基本理论》,171页,北京,法律出版社,2008。我也曾听到应松年教授说起,行政机关对建在政府旁边的违章建筑多年来熟视无睹,忽然有一天却要强制拆除,这种做法应当有所限制。

④ 参见刘飞:《信赖保护原则的行政法意义——以授益行为的撤销与废止为基点的考察》,载《法学研究》,2010(6)。

⑤ 在国务院2002年宣布取消的审批事项目录中,取消了燃气经营资格审批制度。

足以否定已取得权利的有效性与合法性。这种权利依然应当受到法院的保护。基于这种已取得的权利(acquired right),当事人可以产生合法预期,其信赖利益依然值得法律保护。在实际审判中,法院也就不再、也没有理由再计较益民公司在申请经营许可中的资格瑕疵,而是直接认可第10号批文有效,承认益民公司根据第10号批文,能够预期其获得了合法的对管道燃气的专营权,而且行政机关应该兑约仅此一家在周口市专营。

2. 亿星公司有合法预期吗?

亿星公司有合法预期吗?二审法院不容置疑地肯认了其有合法预期,只不过是用了间接的表述,“如果亿星公司不能中标,则其基于对被诉行政行为的信赖而进行的合法投入将转化为损失……”因为在法院看来,亿星公司在招标程序中无过错。

但是,我们需要追问的是,即便亿星公司在招标程序中无过错,这能保证其当然能够预期第54号文就是铁打的合法,它也可以据此而立刻展开建设活动,并能够期望它对第54号文的信赖和所有投入得到法律的保护吗?

显然,竞标人在招标程序中无过错,与招标决定是否最终合法决然没有关系。招标决定还可能因为行政机关的违法、其他竞标人的违法而被撤销。而且,从整个案件的过程分析,我们从情理上可以推测:第一,作为竞争对手,亿星公司应当知道益民公司与政府存在着尚未了结的“官司”。第二,亿星公司开始投入建设时,也应当知道益民公司已经在相当的区域铺设了管道,是拆除还是转让,尘埃未落。所有这种明摆的事实都会提醒亿星公司,第54号文是不很牢靠的,不排除被改变的可能。

按照合法预期的理论,相对人应当能够预见行政机关的决定会改变的,其预期不受法律保护。这在欧洲法院、英国法院上都得到认可。[①]

益民公司可能也朴素地意识到了这一层,在上诉时讪讪地说:“亿星公司与中石油公司签订的‘照付不议’用气协议是一审法庭审理后签订的,一审判决不应予以考虑”,“亿星公司所谓投资、损失均是法庭审理结束后由其擅自签订的所谓协议造成的,其所谓‘擅自扩大的损失’是不应当受法律保护的,更谈不上所谓的公共利益”。但不幸的是,这个辩解没被法院理睬。

或许,亿星公司也会辩解道,之所以匆匆而为,是因为合同约定、行政机关督促过紧。但在我看来,这却是另外一个概念,信赖基础已超出了被诉行政行为,绝非完全出自第54号文之预期。所以,也不能接受。

---

① Cf. Paul Craig & Grainne De Burca, *EU Law*, Oxford University Press, 2003, p. 384. 张兴祥:《行政法合法预期保护原则研究》,11页,北京,北京大学出版社,2006。

三、什么是信赖利益?

或许出于信赖保护的潜意识,彼此呼应,二审判决中至少有 4 次提到了"信赖利益",至少在 3 处重复着这样的观点,甚至在表述上也大致相同,即"由于周地建城〔2000〕10 号文对整个招标活动始终构成法律上的障碍,故市计委直到对亿星公司发出《中标通知书》时,仍未对周地建城〔2000〕10 号文作出处理以排除法律上的障碍,属于违反法定程序,且损害了益民公司的信赖利益。"

这在我阅读起来,却发生了歧义。一种解读是,行政机关所违反的程序,是当事人所预期的,这种违反损害了当事人的信赖。这里的利益是寄寓在程序之中的,是一种拟制的、无法计算的、虚拟的利益。那么,所预期的程序本身是否蕴含着一种信赖利益(reliance interest)呢?是一种程序性信赖利益?另外一种解读是,信赖利益完全表现在当事人的实际投入、预期收益上,是一种很实在、客观而能够算计的损害。通过法院上述不很精确、不很严密的表述,结合判决情境,我推测,后一种理解似乎更加符合法院想要表达的意思。

那么,什么是法院所认可的信赖利益呢?法院没有正面回答。可以肯定的是,在本案之前,在我们以往的行政法经验之中,在行政诉讼上的法院判词当中,在国家赔偿法之中,还不曾有过"信赖利益"这个术语。它是益民公司案首次引入的。那么,"信赖利益"是什么?为什么要得到保护呢?在比较法知识具有巨大话语权的今天,我们需要域外经验作为参照。

当我们将目光转向域外经验时,却惊诧地发现,英国人基本上也不讨论这个问题。受损的信赖(detrimental reliance)、可保护利益(protectable interest)或者预期利益(expectation interest)都不是合法预期成立所不可或缺的条件,赔偿性保护在英国始终不受重视。只在越权意思表示等极其罕见的例外中,法官才会估算这些利益,且应该与行政机关侵权赔偿理论无异。

其实,在私法上,早就有信赖(reliance)、信赖利益(reliance interest)和预期利益(expectation interest)等概念范畴,且有发达的理论。在英美私法上,对信赖利益(reliance interest)和预期利益(expectation interest)的区分,最早出自 Fuller 和 Perdue 的经典论文,他们把这种区分作为合同损害赔偿基础理论的一部分。但据 Daphne Barak-Erez 考察,可能是出于历史和文化的原因,对行政法上合法预期的正当保护之研究,没有汲取私法(主要是合同法)上已有的同类丰富素材。(the research on due protection of legitimate expectations in administrative law has not resorted to the rich literature on the subject developed in private law (mainly contract law), probably due to historical and

cultural reasons.)[①]他的学术努力就是要打通彼此的关节。因为,尽管公法与私法有着不同的原理,私法上的信赖利益和预期利益之界分也受到了批判,这种界分仍然是一个有用的分析工具,可以援用到公法情境中来。

1. 什么是信赖利益?

所谓信赖利益是指因实施行为而导致的财产损失,以及因信任合同而发生的损失。拿 Fuller 的话说就是,“基于对被告之允诺的信赖,原告改变了他的处境”,因此,“我们可以判给原告损害赔偿以消除他因信赖被告之允诺而遭受的损害。我们的目的是要使他恢复到与允诺作出前一样的处境。在这种场合受保护的利益可叫作信赖利益”。[②]

那么,在益民公司案中,法院心目中的信赖利益是什么呢?二审法院在判决中只是含糊地说,“对周口市益民燃气有限公司的合法投入予以合理弥补”。因为有着《国家赔偿法》(1994 年)规定的赔偿细目与标准作为坐标,也不乏实践参考,所以,法院并不担心无法操作与落实。照此推断,法官心目中的信赖利益(reliance interest)应该是指“合法投入”,是在国家赔偿上可以兑现的、可以算计的损失。

接下来必须回答的问题是,“合法投入”包括哪些内容呢?是否与理论上讲的信赖利益重合呢?我们可以试着从二审法院如何分析行政赔偿的一段判决中发现端倪,我们先将这段判词完整地摘抄下来:

“本院认为,益民公司一审期间向法院提交的其与天津东海燃气投资公司签订的建设天然气供气工程合同、与河南三月风公司签订的合资协议等证据,不能证明其所称损失的存在,一审法院根据当时举证情况作出认定并判决驳回益民公司提出的赔偿请求正确。益民公司在二审中向本院提交的 2003 年 6 月以后直接经济损失一览表、周口申鑫会计师事务所 2004 年 11 月 22 日出具的审计报告、益民公司与中国水利水电闽江工程局东南分公司建设施工合同及后者的索赔函、益民公司与河南建原燃气工程公司施工合同及后者的工程索赔明细表、益民公司与王学堂租赁场地与厂房合同及后者的催款通知、益民公司与河南协力工程建设集团施工合同书及后者催要工程款的通知、部分已安装供气户和待供气户证明等证据,系于一审判决之后取得,其在一审期间无法向法院提交,故其可以向二审法院提交,但这些证据材料不能用来支持其提出的由市

① Cf. Daphne Barak-Erez, “*The Doctrine of Legitimate Expectations and the Distinction between the Reliance and Expectation Interests*”, *European Public Law*, 2005, Volume 11, Issue 4, pp. 584-585.

② [美]L. L. 富勒、小威廉 R. 帕杜:《合同损害赔偿中的信赖利益》,韩世远译,6 页,北京,中国法制出版社,2004。

政府和市计委赔偿其除铺设管道等投资以外的其他直接经济损失 3 500 万元的行政赔偿请求。首先,其提供的证据除了租赁场地、厂房协议外,均属铺设管道等投资的范畴,超出了其提出的行政赔偿请求的范围,故这些证据材料与本案不具有关联性。其次,租赁场地、厂房的费用损失系由停工造成,而停工是周口市规划局作出的停工通知导致的后果,与被诉具体行政行为没有因果关系。再次,除审计报告之外的证据材料都是其尚未履行的债务证明,还没有转化为直接损失,不属于国家赔偿法上规定的可赔偿范围。据此,益民公司就铺设管道等投资之外的直接经济损失提出的行政赔偿请求不能成立,根据最高人民法院《关于审理行政赔偿案件若干问题的规定》第 33 条关于“原告的请求没有事实根据或者法律依据的,人民法院应当判决驳回原告的诉讼请求”之规定,应当判决驳回益民公司提出的行政赔偿请求。”

从中,我们至少能够得到这些信息:

第一,铺设管道等投资是获得经营权之后的直接经济活动,是行使其经营权的物质基础,如果维持第 54 号文的有效性,将事实上使得益民公司无法再继续使用这些设施,所以,应该算是益民公司的直接损失,属于“合法投入”和信赖利益范畴。

第二,与经营权有关的其他经济活动,包括与其他相关公司签订的供气协议、合资协议等,的确是当事人基于合法预期而进行的经济安排,会因为经营权被撤销而导致当事人的违约、赔付等后果,这些也可以算是“合法投入”和信赖利益范畴。只不过在本案中,法院经审查认为当事人不能举出充分的证据证明这方面的损失,或者是“尚未履行的债务证明,还没有转化为直接损失”,所以,不予认定。

第三,对于周口市规划局作出的停工通知而导致的租赁场地、厂房的费用损失,与被诉具体行政行为没有因果关系。所以,不予赔偿。

显然,法院在算计中考虑了《国家赔偿法》(1994 年)只赔偿直接损失,要进一步剔除那些可能被看作间接损失的部分,或者要进一步鉴别这部分损失是否是直接损失。上述算计也没有多少可受指责的,也与私法上对信赖利益的算计方式大致一样。所以,法院所讲的“信赖利益”,实际上等于可获得国家赔偿的利益。换句话说,在法官的眼里,“信赖利益”实际上是“可保护利益”的同义语。借着新奇的名字,却没有新奇的进步。

2. 为什么要保护信赖利益?

在私法上,之所以要保护信赖利益,既出自功利主义观念(utilitarian concepts),也有着非功利主义的道德理由(non-utilitarian moral grounds)。功

利主义认为,保护信赖利益是为了避免资源浪费,鼓励社会所期望的行为。无视他人的信赖,不仅会造成其投资亏本,资金不能用于社会目的,且不利于未来社会所需要的有益合作。非功利主义的道德理由,诚如康德主义所言,要尊重每个人的人性(humanity),就必须保护信赖。考虑因信赖而遭受的损失,就是考虑具有人格尊严的人的需求(taking into account the damages inflicted on relying parties shows consideration for their needs as creatures endowed with dignity)。也可以用亚里士多德的矫正正义(corrective justice)来解释。对他人造成了损害,就要使其恢复到未受损害之前的初始状态,以此来矫正(Corrective justice refers to a wrongful harm caused by one person to another, which is rectified by restoring the latter to the position s/he had held prior to the harm)。①

在 Daphne Barak-Erez 看来,上述两个理由在行政法情境下也是适用的。Fuller 和 Perdue 认为,对信赖利益的保护可以保证商业生命的持续发展,同样,在行政法情境下,对信赖利益的保护可以保证负有制定干预政策使命的政府实现其目标。(Fuller and Perdue stated that the protection of reliance guarantees the continued flow of commercial life. 21 Similarly, in the context of administrative law, the protection of reliance guarantees the attainment of the goals set by the government in deciding on an intervention policy.)②道理也很简单,如果信赖利益得不到保护,将会抑制公众未来参与政府所动议的活动的热情。另外,Daphne Barak-Erez 又补充了几个理由,其中有几个在我看来颇有说服力:

第一,社会资源的有效分配,要求每个行为必须承担自己的成本(the efficient allocation of social resources requires each action to bear its costs),行政机关在作出决定时,不仅要权衡其潜在的利益(potential benefits),而且还要掂量它可能会对那些信赖先前政策或决定的人们所造成的损害,否则,就会导致一个无效率的决定。③

第二,平等权(the right to equality)要求社会每一个成员都分担(defray)政府行为的成本。对某个行政行为的信赖落空时,其成本应视为政府总成本的一

---

① Cf. Daphne Barak-Erez, "*The Doctrine of Legitimate Expectations and the Distinction between the Reliance and Expectation Interests*", *European Public Law*, 2005, Volume 11, Issue 4, pp. 587-588.

② Cf. Daphne Barak-Erez, "*The Doctrine of Legitimate Expectations and the Distinction between the Reliance and Expectation Interests*", *European Public Law*, 2005, Volume 11, Issue 4, p. 590.

③ Cf. Daphne Barak-Erez, "*The Doctrine of Legitimate Expectations and the Distinction between the Reliance and Expectation Interests*", *European Public Law*, 2005, Volume 11, Issue 4, p. 591.

部分，不能外化为当事人的成本，而应当在作为整体的公众之间分配。这种分配形式是由行政机关承担责任，财政上主要由纳税人负担。反之，如果对当事人的信赖无动于衷，那么，将打破行政成本分担的平衡。（When reliance on such actions is frustrated, its cost should be considered part of the general costs of government and should not be externalized to the relying party but rather divided among the public as a whole. This division can be achieved by imposing liability on the administration, which is ultimately financed by taxpayers. By contrast, official indifference to individual reliance is likely to disrupt the balanced allocation of the burden created by administrative costs. ）①

第三，对当事人受损的信赖利益予以金钱上的赔偿，从某种程度上讲，也可以理解为以此来换取行政机关不受拘束地行使裁量权，以便对未来事务作出更好的安排与处理。②

3. 预期利益呢？

预期利益是因对合同履行获利的预期落空而产生的财产损失。（the reliance interest relates to the financial loss resulting from actions performed and costs incurred due to reliance on the contract, whereas the expectation interest relates to the financial loss incurred due to frustration of the expectation to profit from the contract.）③换个角度说，就是“使原告处于假若被告履行了其允诺他所应处的处境，在这种场合所保护的利益我们可以叫作期待利益”。④

预期利益与信赖利益之间是什么关系呢？私法上已有充分的研究。陈海萍博士把其中的要点大致归纳为：第一，“当事人之所以自愿地实施作为或不作为，损失掉本属于自己拥有的利益，目的在于以牺牲较少的成本获取更大的所需利益——预期利益，因为预期利益以大于信赖利益为惯例。”第二，“从实现的过程看，一旦获取了预期利益，信赖利益就可以得到补偿，而预期利益要实现的

① Cf. Daphne Barak-Erez, “*The Doctrine of Legitimate Expectations and the Distinction between the Reliance and Expectation Interests*”, *European Public Law*, 2005, Volume 11, Issue 4, p. 592.

② Cf. Daphne Barak-Erez, “*The Doctrine of Legitimate Expectations and the Distinction between the Reliance and Expectation Interests*”, *European Public Law*, 2005, Volume 11, Issue 4, p. 595.

③ Cf. Daphne Barak-Erez, “*The Doctrine of Legitimate Expectations and the Distinction between the Reliance and Expectation Interests*”, *European Public Law*, 2005, Volume 11, Issue 4, p. 586.

④ [美]L. L. 富勒、小威廉 R. 帕杜：《合同损害赔偿中的信赖利益》，韩世远译，6 页，北京，中国法制出版社，2004。

话,要么是通过契约得到履行,要么是通过损害赔偿而实现。”[1]

在私法上,对预期利益的保护理由主要是道德的,非功利主义的(moral, non-utilitarian justifications)。一是对人性的尊重(respect for the other person's humanity)。在康德主义看来,让他人合理预期落空,会产生愤懑(anguish)、骚动(destabilization)和道德败坏(demoralization)。尊重他人的人性,就应考虑其合理的预期。二是出自社会承诺的重要性(the importance of social commitment)。尊重人们的合理预期,就是传达着对他们的承诺(Respect for someone's reasonable expectations conveys a commitment to that person)。[2]

同样,在 Daphne Barak-Erez 看来,上述两个理由在行政法情境下也是成立的,只不过要稍加改变。也就是,将对他人人性的尊重义务改为行政机关要对公民待之以礼(the obligation to respect the humanity of others is transformed into a demand that authorities treat citizens with respect),社会承诺的重要性也改为强化行政机关与公民之间相互信任的重要性(the importance of strengthening reciprocal trust between the citizens and the authorities),要缓解公民对官僚机构的疏离感(reducing feelings of alienation from the bureaucracy)。[3]

毫无疑问的是,一旦法院确认了市计委作出的《招标方案》《中标通知》和市政府作出的周政文〔2003〕54 号文是违法的,那么,就像 Daphne Barak-Erez 所说的,在期限届满之前撤销许可,损害的不仅是被许可人的信赖利益,更有预期利益。那么,我们有没有必要再走近一步,保护其预期利益呢?

显然,在本案的判决中,法院没去估算,假如允许益民公司继续经营,其未来可预计获得的利益有多少。但是,从合法预期的理论上讲,当事人基于合法预期而进行的经济活动安排,包括已有的投入、对未来收益的盘算等等,因行政机关的撤销经营权而招致困难、窘迫、损失和落空,这都应该算入合法预期保护的利益范畴之内。这种观念与目前我国《合同法》(1999 年)确立的赔偿标准趋同。[4]

---

① 参见陈海萍:《行政相对人合法预期保护之研究——以行政规范性文件的变更为视角》(浙江大学博士学位论文,2010 年)。

② Cf. Daphne Barak-Erez, “*The Doctrine of Legitimate Expectations and the Distinction between the Reliance and Expectation Interests*”, *European Public Law*, 2005, Volume 11, Issue 4, pp. 588-589.

③ Cf. Daphne Barak-Erez, “*The Doctrine of Legitimate Expectations and the Distinction between the Reliance and Expectation Interests*”, *European Public Law*, 2005, Volume 11, Issue 4, pp. 592-593.

④ 《合同法》(1999 年)第 113 条规定:“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定,给对方造成损失的,损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失,包括合同履行后可以获得的利益,但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。”

或许，在公法上，预期利益“需要根据行政法律行为的内容而定”，“既可以是实体权益，也可以是程序权益；既可以是权利，也可以是可保护的利益甚至是某种优势”，[①]不总能用金钱来衡量。但是，就本案这样有着显著经济利益，与私法上不履行契约近似的情形，似乎还是应该考虑采取与私法同样的救济，同样的计算公式和方法。因此，对于益民公司的预期利益，可算计的未来收益，我们应该考虑通过“损害赔偿来实现”。当然，当事人“一旦获取了预期利益，信赖利益就可以得到补偿”。但这却在更大、更周延的意义上保护了当事人的合法利益，并保持了公法与私法的同步，不致使公法上的赔偿堕落成“保护官员的特权法”。

四、是判决的依据还是注脚？

在本节中，我将梳理与回答以下问题：一审法院和二审法院是怎样得出判决结论的？在这样的路径中，信赖保护或者合法预期起到作用了吗？又会是什么样的作用呢？

法院为回应原告和被告双方的各种诉求，对整个案件的合法性评价也就比较零碎，但是，判决的基本路线还是相当清晰的。我把它梳理为三个审查阶段：(1)程序违法；(2)利益考量；(3)确认违法与补救。

1. 程序违法

针对“第54号文是否合法”这个核心问题的评价，法院分析了两种程序违法，一个是发生在招标程序上的，另外一个是招标之前应当履行的。

(1) 招标程序存在两处瑕疵

一审和二审法院均认为，作为54号文基础的招标，存在着“招标通知在适用邀请招标方式、给投标人的准备时间两个方面有违法之处”。这两处违法显然主要是程序性的，那将会对招标决定产生怎样的法律效果呢？

如果按照英国法的理解，程序性违法对行政行为产生实质性影响的，可以撤销。但是，是否撤销，仍然必须具体考量，比如，撤销是否会对公众产生不便？是否会造成实际问题？上述被违反的程序是否重要？对个人利益究竟有多大影响？不遵守的程度，等等。[②] 德国行政法的撤销理论与英国法表述不尽相同，却殊途同归。首先，德国法也肯定，程序违法如果对行政行为会产生实质性影

① 参见陈海萍：《行政相对人合法预期保护之研究——以行政规范性文件的变更为视角》(浙江大学博士学位论文，2010年)。

② 参见余凌云：《行政自由裁量论》(第二版)，204～209页，北京，中国人民公安大学出版社，2009。

响,应该撤销。其次,是否撤销,还必须经过利益考量,对相对人的信赖利益予以充分考虑之后,才能决断。[①] 也就是说,无论英德哪种理论,最终还是要回到审慎的考量之中。

从益民公司案看,上述违法显然对行政行为产生了实质性影响,因为,比如,不给竞标人充分的准备时间,当然会直接影响投标的表现与结果。而“邀请招标”与“公开招标”相比,也显然人为剥夺了潜在竞标人的资格,损害了后者利益,进而损及公共利益。但是,单凭这些还不足以促使法官下决心撤销第 54 号文,法官还必须仔细考量其中交织冲突的利益关系。但就本文所关心的主题来讲,上述程序违法与合法预期没有丝毫关系,也绝不是对合法预期的程序性保护之中应关心的问题。

(2) 招标之前没有依法撤销第 10 号批文

一审法院指出,“在市计委招标和市政府作出 54 号文时,益民公司的专营权还未被撤销,其营业执照至今未被撤销”。二审法院更加明确地指出,“原周口地区建设局于 2000 年 7 月 7 日作出的周地建城〔2000〕10 号文批准益民公司为管道燃气专营单位(河南省燃气管理实施办法第二条规定燃气包含天然气),并载明‘能与天然气西气东输工程接轨’,据此,益民公司已取得了燃气专营权。在招标活动开始之前,周地建城〔2000〕10 号文仍然生效,很显然对《招标方案》《中标通知书》及 54 号文的作出构成障碍。”而且,二审法院在判决中至少有 3 处特别指出,“市政府却在未对周地建城〔2000〕10 号文进行任何处理的情况下,径行作出授予中标人亿星公司城市天然气管网项目经营权的 54 号文,既违反了法定程序,又损害了益民公司的信赖利益”。

的确,在未合法废止或撤销益民公司的专营权之前,却又允许亿星公司经营,“一女二嫁”,公然违反了国家政策明确规定“一个城市只允许批准一家管道燃气经营单位”的要求。更为关键的是,辜负了益民公司的合法预期。

按照对合法预期保护的传统观点(orthodox view),惟有践行了自然正义(natural justice)的要求,行政机关始能拒绝当事人的合法预期。在普通法国家,这是最原始的、最基本的保护形态,在澳大利亚、新西兰等国甚至被推向极致,变成惟一。在英国,早期的案件多涉及当事人持有许可、执照或签证,并据此期望,在预计的期限内(expected duration)享有蕴含其中的相关利益,不会被随意提前终止(ended prematurely)。合法预期原则在这类案件中提供了重要的程序性利益(procedural benefits),对已有利益的撤回(the revocation of an

① 参见赵宏:《法治国下的行政行为存续力》,149 页,北京,法律出版社,2007。

existing benefit),要事先通知当事人,并给予听证的机会。[①] Lord Denning 在 *Breen v. Amalgamated Engineering Union* 案中也明白无误地指出,[②]如果某人怀揣获得某种好处的合法预期(a legitimate expectation of a boon),不经听证或者说明理由就剥夺之,这是不公正的。[③]

但是,有意思的是,法院在判决中都只是笼统地指出"违反法定程序",而没有非常清晰明确地指出,行政机关应当在撤销第 10 号批文之前听取益民公司的意见与辩解,然后才能决定是否终止后者的专营权。我们的目光流连徘徊在判决书上,却始终没能听到法官说出我们所期盼的"听证""说明理由"等字眼。

其中的缘由,我猜想,在益民公司案发生的 21 世纪初,德国法的信赖保护渐为我国学者所关注和青睐,主要的学术成果形成于彼时,之后相当长一段时间里的研究几乎没有多少实质性进展或突破。而于彼时,英国法的合法预期尚不为我们所知。在德国法上,信赖保护的思维之中,常忽略正当程序。受其影响,我们也不大会留意程序。这个流弊一直延续到《行政许可法》(2004 年)第 8 条。

所以,我一直不看好政府信赖保护。我们不妨假设,如果本案发生在英国,行政机关要招投标的意思表示已然产生了终止 10 号文的效果,原告满可以祭起合法预期,要求行政机关在作出决定之前必须给其一个听证的机会。或许,在法院的及时干预下,也不再有后续的招标活动,以及原告的无可奈何。

上述合法预期的精妙,尤其是程序性保护的思想或许未曾划过主审法官的心目。他们的思维直接就跳跃到利益的考量上,且结果指向是实体的,而非程序的。因为他们介入之时,已既成事实。招标活动已然结束,第 54 号文已经成文,专营权已实际转移。木已成舟,"生米煮成熟饭"之后,行政机关才宣布撤销第 10 号批文。而公共利益和第三人利益的介入使得问题变得异常复杂。是否撤销,将取决于利益考量,或者因素考量的结果。在这样的思考中,程序性保护问题被掩荫得无足轻重。

这也从另一个侧面提醒我们,对合法预期的程序性保护具有阶段性、时效性,因而具有局限性。案件发展一旦越过了这个时段,其衍生出的诸多法律关系,将引发更加错综复杂的利益冲突,让结果更为扑朔迷离,极可能会使程序性保护的意义顿失。从这个意义上看,程序性保护应该是积极的,在事中、甚至事前实施,效果更佳。

---

① Cf. Matthew Groves, "*Substantive Legitimate Expectations in Australian Administrative Law*" (2008) *Melbourne University Law Review* 472-473.

② [1971] 2 Q. B. 1975 at 191.

③ Cf. C. F. Forsyth, "*The Provenance and Protection of Legitimate Expectations*" (1988) 47 *Cambridge Law Journal* 252.

当然,话又说回来,就本案而言,程序性保护是否已遥不可及、无从谈起,还可商量。但是,对于没有丧失时效性、仍来得及提供保护的程序性预期,法院也不见得都会提供程序性保护。假如法院经过通盘考量之后认为,即便提供保护,当事人也无收益或较少收益,徒增行政成本,法院也不会回应当事人的程序保护要求。所以,程序性保护也得放在利益考量的天平上称量。

2. 利益考量

如果我们继续循着合法预期保护的路径,去思考是否允许行政机关撤销或变更,会发现,正当程序、利益考量,以及要求行政行为存续,都不能与行政机关公共职责相悖。它们是合而一体的。Lord Denning 曾说出过一个与德国法极其相似的观点,他说:"只要遵守诺言不与其公法义务(public duty)抵触,就必须尊重之。……除非经过最谨慎的考虑,听取相对人意见,并且确信,公共利益大过信守诺言,这时方可背离诺言。"(So long as the performance of the undertaking is compatible with their public duty, they must honour it... At any rate they ought not to depart from it except after the most serious consideration and hearing what the other party has to say; and then only if they are satisfied that the overriding public interest requires it.)①只有通过这样的思考顺序,才能面对着依法行政和法的安定性原则之间的冲突,进行权重、取舍,决定是否和怎样保护合法预期。在最后一个思考阶段,实际上已经与德国法的比例原则趋同了。

在荷兰行政法上,也有一个很重要的学说,就是由行政机关行为而产生的合法预期不见得一律必须得到回应和保护。合法预期原则(the principle of legitimate expectations)的有效性不是绝对的(absolute),而是相对的。合法预期原则只是要求行政机关尽可能(*if at all possible*)地保护合理的预期。通常,在决定是否要给予保护以及怎么保护时,必须衡量各种冲突的利益,一方面是合法预期得到保护之后的当事人一方的利益,另一方面是可能与此冲突的公共利益(public interest)或者第三方的利益(the interests of third parties)。总体上说,撤销行政行为而对当事人造成的负面影响(adverse effects),不能与撤销欲实现的目标(objects)之间不成比例(disproportionate)。②

在上述德国、英国和荷兰的理论和实践中,实际上渗透着利益权衡(Weighing of interests)和比例原则(the principle of proportionality)的思想。

---

① Cf. C. F. Forsyth, "*The Provenance and Protection of Legitimate Expectations*" (1988) 47 *Cambridge Law Journal* 255.

② Cf. J. B. J. M. ten Berge & R. J. G. M. Widdershoven, *op. Cit.*, p. 422, 442, 447.

很有意思的是，最高人民法院在审理益民公司上诉案件中也走上了这条路径，表现出同样的智慧与理念，却出发点不同。

从整个判决的思路看，法院之所以会走向利益考量，恐怕还不是信赖保护或者合法预期支配的结果，我们从判决书中也没有找到能够证实这一点的蛛丝马迹。法院实际上依据的是最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(2000 年，以下简称“若干问题的解释”)第 58 条规定，“被诉具体行政行为违法，但撤销该具体行政行为将会给国家利益或者公共利益造成重大损失的，人民法院应当作出确认被诉具体行政行为违法的判决，并责令被诉行政机关采取相应的补救措施；造成损害的，依法判决承担赔偿责任。”该条款被称为“情势判决”。

成文于 2000 年的该条规定，或许更多的是为了更加细致入微地保护公共利益，或者说，是公共利益至上观念支配下的产物，是在依法行政和公共利益至上之间发生冲突时的解决方法。从有关的权威性著作中，我们没有找到“合法预期”“信赖保护”等字眼，也没有发现第 58 条和合法预期或信赖保护有何瓜葛。尽管从甘文法官的一些表述和例举上，我们会品尝出一丝近似信赖保护或者合法预期的韵味。[①] 从学术发展史看，我国学者对信赖保护和合法预期的关注始于 2000 年之后。[②] 所以，我们自然也无法苛求当时的司法解释起草者未卜先知，具有超越时代的意识。

但细细品味该条款，我们会发现，它也有近似信赖保护的技术与韵味，也是通过利益考量来决断是让一个违法行政行为存续下去呢，还是撤销它。但在价值取舍上却走着反向。在掂量是否让违法行政行为存续下去之后，信赖保护关心的是个人利益，而第 58 条重视的却是公共利益，但在赔偿上又拾回了信赖保护的味道。

那么，在益民公司案件中，法院是怎么权衡利益的冲突呢？

二审法院在审理中特别补充认定了一个事实，也是在它看来很重要的事实——“本院审理期间另查明：2003 年 4 月 24 日，市政府办公室将‘西气东输’工程周口市区域网部分列入市重点项目。此前，河南省政府办公厅亦将‘西气

① 该司法解释的主笔之一甘文法官在其著作中没有只言片语谈到合法预期或信赖保护，参见甘文：《行政诉讼法司法解释之评论——理由、观点与问题》，165～168 页，北京，中国法制出版社，2000。

② 总览我国大陆学者对信赖保护的研究文献，较早的学位论文是李洪雷的《论行政法上的信赖保护原则》(中国政法大学硕士学位论文，2000 年)，较早的期刊论文是黄学贤的《行政法中的信赖保护原则》(载《法学》，2002(5))，之后，这方面的著述丰厚了起来。最早触及合法预期的著述是我撰写的《行政法上合法预期之保护》(载《中国社会科学》，2003(3))。稍后有马怀德、李洪雷翻译的牛津大学 P. P. Craig 的《正当期望：概念性的分析》(载《环球法律评论》，2003 年夏季号)。

东输'城市管网和各类大中型利用项目纳入省重点工程管理。"该案争议的事项具有重大公共利益,已然确定无疑。以后的论证都是细节的展开,比如,时间耽搁不起、需要建设能力与资质等等。

一审法院认为,"第一,被诉的招标行为已经发生,如果撤销被诉行政行为,按照程序的要求,市政府就需要在首先处理益民公司的燃气经营权的基础上,就天然气管网项目重新组织招标,而对这些问题的处理需要相当长的时间。另一方面,'西气东输'工程在周口市的接口问题已迫在眉睫,如果撤销行政行为,就会耽误周口市对'西气东输'天然气的使用,甚至可能因此而失去'西气东输'工程在周口市接口的机会。第二,亿星公司已于 2003 年 11 月与中石油公司签订了'照付不议'用气协议,并将于 2004 年 7 月开始供气。如果撤销被诉行政行为,不仅会直接导致用气价款的损失,而且会影响周口市居民及时使用天然气。第三,被诉行政行为作出后,亿星公司已进行了较大资金投入,且已与中石油公司签订了'照付不议'协议,如果撤销被诉行政行为,在招标程序中无过错的亿星公司也会形成较大经济损失。"

二审法院延续了这种说法,在判决中指出:"如果判决撤销上述行政行为,将使公共利益受到以下损害:一是招标活动须重新开始,如此则周口市'西气东输'利用工作的进程必然受到延误。二是由于具有经营能力的投标人可能不止亿星公司一家,因此重新招标的结果具有不确定性,如果亿星公司不能中标,则其基于对被诉行政行为的信赖而进行的合法投入将转化为损失,该损失虽然可由政府予以弥补,但最终亦必将转化为公共利益的损失。三是亿星公司如果不能中标,其与中石油公司签订的'照付不议'合同亦将随之作废,周口市利用天然气必须由新的中标人重新与中石油公司谈判,而谈判能否成功是不确定的,在此情况下,周口市民及企业不仅无法及时使用天然气,甚至可能失去'西气东输'工程在周口接口的机会,从而对周口市的经济发展和社会生活造成不利影响。"

在这样的考量中,显然把第三人的利益也一并考虑到公共利益之中。在德国法的信赖保护理论中,有一种观点认为,如果对第三人权利和利益的保护同样属于公共利益的一部分,也应将其列入公共利益的范畴。[①] 在益民公司案中,二审法院做了更加仔细的算计,首先,认可亿星公司也会因中标决定而产生合法预期,随后其有合法投入的事实;其次,亿星公司如果不能再次中标,行政机关就必须补偿其合法投入。这样的逻辑推理便使得第三人的损失转化为一种公共利益。

① Vgl. Rupp, *Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen*, 123; Kopp, BayVBL 1980, 263. 转自赵宏:《法治国下的行政行为存续力》,169 页,北京,法律出版社,2007。

但是，在我看来，一、二审法院的上述说理还不足以排除为益民公司提供实体性保护的可能性。因为当初原周口地区建设局给益民公司的 10 号文中已经载明“能与天然气西气东输工程接轨”，且益民公司已在川汇区建成燃气调压站，并于主要街道实际铺设了燃气管道，那么，为什么不可以让它继续干下去了？何必要纠缠招标问题呢？凭什么料定益民公司就不能与中石油公司谈判成功呢？其实，对实体性保护的否定，实际上是在事实认定的过程中完成的。一、二审法院显然完全接受了政府的说法，第一，益民公司注册资本在诉讼开始前只有 60 万元，且到 2002 年之前几乎没有建设。第二，周口市天然气城市管网项目建设预计投资超过 1 亿元人民币，需要投标人具有相应的资金能力。第三，5 000 万元保证金是为“西气东输”利用项目的顺利进行提供资金上的保障，“是为了确保中标人的经营实力”，也是试探投标人是否具备这样的实力。而益民公司在招标中却显示出它没有这样的实力。

那么，公共利益是否像法院认定的那样刻不容缓呢？法院没有详细论证。我却找到了一个佐证。一篇报道云，“不久前，中国石油集团给周口市政府发出一封专函，表示如果天然气工程继续受阻，将关闭西气东输工程在周口的开口。”[①]从这篇报道的时间推测，这个插曲应该是发生在 2003 年 12 月 3 日之前。

通过仔细盘算，显然在法官看来，公共利益要大于个人利益，让政府决定存续下去要比支持益民公司诉求更重要、更有价值。

3. 脚注意义上的进步

所以，一、二审法院都认为，尽管市计委作出的《招标方案》《中标通知》和市政府作出的周政文〔2003〕54 号文是违法的，但不能撤销行政机关的决定，而应该采取补救措施，“对益民公司基于信赖该批准行为的合法投入给予合理弥补”，以实现公共利益和个体利益的平衡。[②] 这实际上是对“若干问题的解释”第 58 条规定的“造成损害的，依法判决承担赔偿责任”的重申，或者进一步衍生。

如果我们转换成信赖保护或者合法预期的审查路数，也会得出大致相同的结论。所以，我们似乎也可以把本案理解为是依据信赖保护原则直接作出的判决，法院说的“合理弥补”就是基于对“信赖利益”保护的理解，尽管法官没有在法律适用上援用信赖保护，但从判决书的表述上可以看出，信赖保护成了“合理

---

① 《经济信息联播：企业纠纷 西气东输受阻河南周口》，http://www.nen.com.cn/74333583107424256/20031203/1281779_1.shtml，最后访问时间：2007 年 1 月 1 日。

② 二审法院顺带着对一审法院的判决作出了评价，指出：“一审法院判决确认被诉具体行政行为违法并无不当，但其对补救措施的判决存在两点不足：一是根据法律精神，为防止行政机关对于采取补救措施之义务无限期地拖延，在法律未明确规定期限的情况下，法院可以指定合理期限，但一审判决未指定相应的期限。二是一审判决仅责令市政府采取相应的补救措施，而未对市计委科以应负的义务。”

弥补”判决的阐释性或者补充理由。

这就决定了本案在我国的行政审判史上必然占有一席之地,应该、也必将成为一个具有里程碑意义的经典。在我看来,本案实际上为后来的《行政许可法》(2004 年)第 8 条规定奠定了实证基础,第 8 条之规定并没有在实质意义上超出益民公司案的判决。①

但是,客观地说,即便我们承认本案在判决中可能考虑到了信赖利益,然而,信赖保护或者合法预期保护所发挥的作用并不彰显,而是遮蔽在“若干问题的解释”第 58 条的阴影之下。就整个判决来说,信赖保护绝对不是本案判决的决定性理由,法院依据的仍然是“若干问题的解释”第 58 条。也就是说,我们撇开“信赖”“诚信”和“信赖利益”等华丽的辞藻,我们仍然能够在当时的行政诉讼法和司法解释中推导出同样的判决结果。所以,在整个判决中,诚信原则、信赖利益都只是阐释性的理由,只是增加了说理的成分,这种创新不会给法院带来多大的风险。指出这一点是很重要的,否则,我们就有可能夸大上述法律信念对判决的影响。

本案实际上也印证了我一直以来的一个观点,在传统行政救济框架中,德国法的信赖保护无法真正提升救济的程度与空间。这是因为,在德国法上,典型的信赖保护是与行政行为的撤销紧密联系在一起的。对相对人的信赖保护只是对行政行为存续保护(Bestandschutz)的反射作用。只有对行政行为撤销或废止的可能性被排除,行政行为的存续性被确认,公民对行政行为存续的信赖才会相应产生,此种信赖利益才有值得保护的价值。② 然而,对行政行为的撤销,是行政诉讼长期关注的现象,已然有了妥帖的救济框架,备好了救济样式,比如本案所涉及的“若干问题的解释”第 58 条。在这样的情境下引入信赖保护,就注定了它的作用不可能是革命性的颠覆,只能是局部的改良,只是增添了说理的成分。这也注定其不及合法预期。这也是我不看好德国法上的政府信赖保护原则的一个根本理由。

五、延伸的分析:另外两个案件

我们翻阅最高人民法院公报,凭着对合法预期、信赖保护的理论嗅觉,也不难发觉还有一些案件实际上也蕴含着合法预期,比如,“宣懿成等 18 人诉衢州

① 参见余凌云:《对行政许可法第八条的批判性思考——以九江市丽景湾项目纠纷案为素材》,载《清华法学》,2007(4)。

② 参见赵宏:《法治国下的行政行为存续力》,107 页,北京,法律出版社,2007。

市国土资源局收回土地使用权行政争议案”(2004(4))、“博坦公司诉厦门海关行政处罚决定纠纷案”(2006(6)),但在判决过程中,无论是法院还是双方当事人,却只字不提。那么,让我们感兴趣的是,假设我们按照合法预期的公式重新来过,结局又将如何?是否更加公正,更能满足当事人的诉求?这又意味着什么呢?

1. “宣懿成等18人诉衢州市国土资源局收回土地使用权行政争议案”(2004(4))

该案的大致情形是,原告系衢州市柯城区卫宁巷1号(原14号)衢州府山中学教工宿舍楼的住户。2002年12月9日,衢州市发展计划委员会根据第三人建设银行衢州分行的报告,经审查同意其在原有的营业综合大楼东南侧扩建营业用房建设用计划。同日,衢州市规划局制定建设项目选址意见,建设银行衢州分行为扩大营业用房等,拟自行收购、拆除占地面积为205平方米的府山中学教工住宅楼,改建为露天停车场,具体按规划详图实施。同月18日,衢州市规划局又规划出第三人扩建营业用房建设用地平面红线图。同月20日,衢州市规划局发出建设用地规划许可证。2002年12月25日,被告衢州市国土资源局建议收回衢州府山中学教工宿舍楼的住户国有土地使用权,并报政府审批同意。2002年12月31日,被告衢州市国土资源局作出〔2002〕37号《收回国有土地使用权通知》,并通知各原告。原告不服,遂发生诉讼。

在诉讼中,法院毫不犹豫地首先肯定了本案各原告“是该楼用地的合法使用者”。原告也诉称,“仅仅因为企业建造车库的需要,被告就作出收回我们国有土地使用权的决定,”这合法吗?在原告的嘴里本该吐出“这违反了我们的合法预期”,“是否应该事先征求我们的意见,给我们一个听证或者发表意见的机会”,但遗憾的是,我们没有捕捉到这轻微的叹息与质问。

原告、被告和法院关注的重点旋即转到了《土地管理法》(2004年)第58条规定,[①]争论的焦点变成了收回国有土地使用权是否符合该条规定中的收回情形,尤其是是否符合“为公共利益需要使用土地的”要求。

原告认为,“第三人(中国建设银行衢州市分行)是商业银行,其性质属于企业,故其利益不能算是公共利益。”被告辩称,它“是根据发展计划委员会的立项

① 《土地管理法》(2004年)第58条规定:“有下列情况之一的,由有关人民政府土地行政主管部门报经原批准用地的人民政府或者有批准权的人民政府批准,可以收回国有土地使用权:(一)为公共利益需要使用土地的;(二)为实施城市规划进行旧城区改建,需要调整使用土地的;(三)土地出让等有偿使用合同约定的使用期限届满,土地使用者未申请续期或者申请续用未获批准的;(四)因单位撤销、迁移等原因,停止使用原划拨的国有土地的;(五)公路、铁路、机场、矿场等经核准报废的。”

意见、规划部门的规划和市政府同意收回原告国有土地使用权的决定,才发收回土地通知的”。在被告眼里,这些批准手续就是“公共利益”的符号,就算是“公共利益需要使用土地”。但是,法院并不接受,而是认为,“在本案的诉讼中提供的衢州市发展计划委员会〔2002〕35号《关于同意扩建营业用房项目建设计划的批复》《建设项目选址意见书审批表》《第三人扩建营业用房建设用地规划红线图》等有关证据,难以说明该决定是由于‘公共利益需要使用土地’或‘实施城市规划进行旧城区改造需要调整使用土地’的需要”。被告“在决定收回各原告住宅国有土地使用权时,对所依据的法律条款应当予以具体说明而没有说明,属于适用法律错误”,因此,判决被告败诉。

这个回合的较量,换成合法预期的语言,实际上是在争辩着行政机关违反合法预期是否有着公共利益的需求。“为公共利益需要使用土地的”,自然暗含着合法预期的韵味。但是,他们的争执却仅围绕着法律适用,得出的结论也只是“对所依据的法律条款应当予以具体说明而没有说明”,还远没有走到计较着彼此的利益、进入利益权衡的阶段,便戛然而止。如果按照合法预期的理论分析,本案只是重复益民公司案的经历,都忽略并跳过了程序性保护,直奔实体性保护,但深入的程度却不及益民公司案,它只徘徊在实体性保护的门外,根本无缘进入。

2. “博坦公司诉厦门海关行政处罚决定纠纷案”(2006(6))

1997年3月至1998年6月,原告博坦公司多次为厦门石油总公司未在中国境内办理报关纳税手续的货物卸载、仓储及放行。2004年10月27日,被告厦门海关以明知货物走私进口仍提供卸储服务为由,根据《中华人民共和国海关法行政处罚实施细则》(1993年)第6条第2款“知情不报并为走私人提供方便”之规定,作出行政处罚决定。原告不服,诉至厦门中级人民法院。

本案让我感兴趣的是,原告的行为之中夹杂着海关工作人员的协调、同意,并物化为“会议纪要”,这些又成为了原告抗辩的一个重要理由。行政机关的承诺让当事人产生了合法预期,也必然如此。但是,法院并没有循着合法预期的理数去审理,得出了相反的结论。

在一审中,原告辩称,“为这些油料的进口手续不全,原告曾致函厦门石油总公司,也向被告反映过,被告的工作人员曾为此进行过协调,同意放行这些油料,厦门石油总公司也表示由他们负责补办海关手续,责任由他们承担。”被告也承认,“在开始时原告虽然向被告的工作人员反映过,被告的工作人员也曾口头答复可以先放行后补办手续”。但被告强调,其工作人员“也明确表示下不为例,以后的货要海关同意才可以卸储。”也就是说,仅此一例,下次不得为之。

据厦门中级人民法院查明,“1997 年 3 月,原告博坦公司致函厦门石油总公司.提出厦门石油总公司在博坦公司卸储的油料手续不全,不予装船,要求厦门石油总公司提供海关文件。3 月 25 日,厦门海关工作人员吴宇波在协调此事时,口头表示货可以先放,但要求厦门石油总公司补办海关手续,且下不为例,以后的货要海关同意才可以卸储。3 月 25 日、4 月 1 日,厦门石油总公司给博坦公司回函,称海关手续由其办理,责任由其承担,要求博坦公司以后按照现行方式进行作业。”二审法院又补充其中细节,“被上诉人厦门海关的工作人员在协调中,虽然提出适用‘简易程序’先放行后补办手续的意见,但同时也要求厦门石油总公司在补办海关手续后,应当将申请书和海关批准文件的副本送达给博坦公司,作为博坦公司提供卸储服务的根据。”

从上述事实中,我们至少可以肯定,当初的确存在着海关的承诺(promise)。但法院没有查清楚的是,在总共 64 艘次的卸载、仓储中,海关工作人员出面协调的到底有几艘次。因为有着海关工作人员的协调,并明确表示“货可以先放”“适用‘简易程序’先放行后补办手续”,那么,原告至少会产生这样的合法预期,即这几艘次的货物可以这么处理,是符合海关的监管规定,法院也应该保护这种预期。即使后续手续不全,也应该是厦门石油总公司负责,因为海关工作人员“同时也要求厦门石油总公司在补办海关手续后,应当将申请书和海关批准文件的副本送达给博坦公司,作为博坦公司提供卸储服务的根据”。

然而,从判决看,海关显然是把上述 64 艘次的货物均认定为走私,其做出的罚款与没收违法所得决定也是以此作为计算基数的。厦门中级人民法院也断然认为,“海关个别工作人员对本案进行的协调,以及厦门石油总公司出具责任由其承担的回函,均不能免除博坦公司的法定义务,对其行为的违法性质没有影响。”这显然过于武断。一审判决没有仔细鉴别其中的曲直关键,对海关不加区分的认定与处罚予以了维持,这显然是有问题的。

在上诉时,原告再次强调,“每次放行货物都有被上诉人同意放行的明确指示。”却没有得到二审法院的支持。二审法院认为,“博坦公司上诉主张,其已将所知道的情况向监管部门作了通报,对涉案油料的每次卸储及放行都有厦门海关同意的明确指示,缺乏相应的证据,不予支持。”二审法院同时又进一步查明:“1997 年 3 月 4 日,被上诉人厦门海关的工作人员吴宇波曾就上诉人博坦公司所报厦门石油总公司进口油料没有报关纳税手续一事进行协调,形成一份‘会议纪要’。该‘会议纪要’由厦门海关作为证据向一审法院提交,但一审判决书漏列,并且将此次会议时间错认定为 1997 年 3 月 25 日,应当更正。”这本该是一个重要发现,并有机会重新思考,纠正一审判决的失误。然而,二审法院却说道:“厦门海关的协调意见没有对博坦公司产生误导或欺骗作用。”最终维持了

一审判决。

这是一个让人有点遗憾的判决。假若法院认可了海关工作人员的协调结果和“会议纪要”会让当事人产生合法预期,那么,在处罚的计算基数上必然会出现有利于当事人的消减,更能让当事人对处罚决定口服心服。因此,至少从本案可见,在现有行政救济的格局中,引入合法预期不见得只是脚注意义上的进步,有时也会给人一个惊喜,提升救济的程度与水平,对促进行政机关理性行政也大有裨益。这具有了弥补救济缺失的意义。

六、余　　论

益民公司案是最高人民法院自己直接运用信赖保护理论作出判决的案件,也是收录到最高人民法院公报的第一个这种类型的案件。最高人民法院之所以选登了这起案件,也意在确认与推广其所创制的判例法(case law),或者具有创新意义的审判规则。

由于我们迄今缺少成熟的、权威的案例编纂之传统与习惯,所以,究竟是哪一个案件最早让诚实信用、诚信原则、信赖保护、合法预期等原则走进我国法院?出自哪个法官之手笔?什么时候?所有这些问题,我们都无从查寻,无法回答。同样,因为文献收集的原因,益民公司案件之后,法院对“信赖利益”和合法预期是否更为关注,是否在其他案件的审判上援引本案的判决理由?或者,我们不过分苛求法院会进一步扩大适用到其他类型的案件中,至少在与本案类似的案件审判上是否继续能够遵循,作出类似的判决?所有这些,除了我们只发现一起有点回应意味的基层法院判决外,[①]其余的都不得而知。

---

① 在“温州星泰房地产开发有限公司垫江分公司诉垫江县国土资源和房屋管理局不履行土地使用权变更登记发证法定职责纠纷案”(重庆市武隆县人民法院〔2008〕武法行初字第1号)中,我们又发现了法院在判决书中同时引用了“诚实信用原则”“诚实守信”“合理信赖”“信赖”和“信赖利益”。判决原文如下:“垫江县政府以招商引资的方式开发建设渝东食品批发市场,研究同意将讼争土地使用权转让于原告方,应当恪守诚实信用原则;被告垫江县国土房管局作为垫江县政府的职能部门,应当依法执行垫江县政府以招商引资方式开发建设渝东食品批发市场的相关决定并对自己的行为和承诺诚实守信,不得随意变更和反复无常,在对行政相对人的授益性行为作出后,即使发现对政府不利,只要不是该行为重大、明显违法导致行为无效或因为相对人的过错造成的,一般不得改变。本案中,原告星泰公司垫江分公司对垫江县政府的招商引资行为和垫江县国土房管局的变更登记内部审批行为存在合理信赖,并基于这种信赖交纳了转让费且对该建设项目作了大量的前期准备工作,投入了不少人力、财力,相较于本案中的瑕疵和其他利益而言,相对人的信赖利益更值得保护。被告拖延履行讼争土地使用权变更登记发证法定职责,导致其项目建设不能如期开展,侵害了原告的合法权益。”https://www. pkulaw. com/pfnl/a25051f3312b07f3ea4a4c40402ce7e0a40cacf941133637bdfb. html? keyword=温州星泰房地产开发有限公司垫江分公司诉垫江县国土资源和房屋管理局不履行土地使用权,访问时间:2019年4月14日。

然而，可以肯定的是，益民公司案这么一个在我国行政法发展史上应该占有一席之地的判决，它在司法上为我们撕开了一个口子，让我们开始关注信赖利益、信赖保护以及合法预期等术语。但就本案而言，尽管在法官、律师、学者交流中不乏“信赖”“信赖利益”等辞藻，但我们屏蔽这些辞藻之后，不难发现，它们对救济的提升，价值却不显著，所以，我们也不要放大本案的意义。

透过本案分析，我们在信赖保护和合法预期之间来洄游走，也发现了其中的差异、高低。第一，在行政行为撤销（撤回）之中、在行政行为的存续性之中谈论信赖保护，这种理论情趣与境界不及合法预期，也不会实质性扩展救济的范围，提升救济的程度。在传统的行政诉讼之中，对于行政行为撤销（回）之争讼，已经存在着具有重叠效果的替代救济，即使不引入信赖保护，也不会让我们遗憾什么。第二，即便在本案所演示的救济模式下，引入合法预期，也能改善程序保护，促进公正判决。这是信赖保护所不及。所以，我始终坚信，合法预期定会成为新的知识增长点，也必将开阔我们的视野，为救济开启一个新的时代！

对行政许可法第八条的批判性思考*
——以九江市丽景湾项目纠纷案为素材

目　　次

一、引　　言

时光流逝,当我们回顾我国行政法治发展的历程时,我们会说,《行政许可法》(2004 年)的突出成就之一是初步确立了合法预期(legitimate expectation)

---

* 本文是我主持的国家社科基金项目(一般项目,批准号 07BFX023)“行政法上的合法预期制度”的阶段性成果,也获得了 2007 年教育部“新世纪优秀人才支持计划”资助。在九江市丽景湾项目纠纷案的论证中,王家福、应松年、姜明安、马怀德、张卫平等教授的观点也给了我很大的启发。在此致谢。本文的主要内容发表在《清华法学》2007 年第 6 期,被中国人民大学书报资料中心复印报刊资料《宪法学、行政法学》(D411)2008 年第 3 期全文转载,并曾提交给南京大学法学院和中德法学研究所于 2007 年 10 月 25 日举办的“市场经济中的行政程序法——一个法律的比较”国际研讨会。

制度。[①] 仔细品味第 8 条,我们会发现,其中所蕴涵的保护方式,不像是有意识地仿效西方的设计作品,更多的是“土生土长”,散发着浓郁的泥土芳香,表达出中国立法者的务实的经验、认识与智慧,但却与西方的合法预期保护方式有某些不约而同的耦合。

那么,在英国、澳大利亚、新西兰等普通法国家和欧共体所流行的合法预期制度是什么样子的呢?至少从我已经阅读到的、为数不少的有关合法预期的英文文献看,对合法预期的保护方式也大致不外乎程序性保护、实质性保护和赔偿(补偿)性保护。而且,在一些权威的英国行政法教科书中,基本上都是在司法审查(judicial review)情境之中介绍合法预期的保护问题,只不过是具体摆放的位置有些差异。[②] 当然,就保护实现的可得性来讲,这些保护可能会向前延伸到行政过程之中,不需要都等到诉讼阶段再提供。我也在不断思考如何从上述角度入手,进一步整合与完善我国已有救济方式。在本文中,我也倾向于从合法预期的角度去解构《行政许可法》第 8 条规定。

但是,最近,我碰到一个关涉《行政许可法》(2004 年)第 8 条的行政纠纷案件——九江市丽景湾项目纠纷案,却面临着程序性和赔偿(补偿)性保护的全面失灵,甚至是连行政救济都无从寻求、无济于事,使得实质性保护也成为“空中楼阁”。

大概案情是,2004 年元月,横店集团九江东磁房地产有限公司(以下简称“东磁公司”)[③]依法成功竞购位于九江市长虹大道北侧、火车站外广场两侧商住用地,进行房地产开发,项目命名为“丽景湾花园”。竞购地块成功后,东磁公司依法履行项目所需各种手续,包括但不限于:签订国有土地出让合同、缴纳土地出让金、取得《国有土地使用证》、办理项目规划、设计、建设、施工等行政许可手续。项目于 2006 年 11 月 11 日正式动工,截至 2007 年 4 月 30 日,东磁公司已实际投入项目资金 13 500 多万元。

正当该项目在按计划如期实施时,九江市建设局突然于 2007 年 4 月 30 日通知东磁公司,要求暂停“丽景湾”工程施工;2007 年 6 月 20 日,九江市规划局、九江市国土资源局、九江市建设局又联合下发《关于对停建“丽景湾”建设项

---

① 合法预期这个术语对于中国学者来说,似乎还比较陌生,我们更加熟悉的可能是“政府信赖保护”,但我却更加愿意采用和推介“合法预期”。其中的理由,参见余凌云:《政府信赖保护、正当期望和合法预期》,载《厦门大学法律评论》,2007(12)。关于合法预期,参见余凌云:《行政法上合法预期之保护》,载《中国社会科学》,2003(3)。

② 有的是放在与程序违法一起介绍,比如,阿玛丽的《行政法:对行政行为的法律挑战》(Carl Emery, *Administrative Law: Legal Challenges to Official Action*, London. Sweet & Maxwell, 1999);有的是在行政裁量中予以介绍,比如,克莱格的《行政法》(P. P. Craig, *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, 2003);或者是兼而有之,比如,韦德和福赛的《行政法》(H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, *Administrative Law*, Oxford University Press, 2004)。

③ 东磁公司是横店集团下属的一个公司。邀请我们参加该案论证的是横店集团。

目及善后处理意见的告知书》;2007年6月22日,九江市规划局作出《撤回项目选址、用地规划、工程规划许可的决定》;同日,九江市建设局作出《撤回施工许可的决定》。至此,"丽景湾"建设工程项目被迫全面停工。

本案的争议焦点是撤回许可是否违反了《行政许可法》(2004年)第8条第2款规定,在我看来,九江市政府与有关主管部门的撤回行政许可的举动的确辜负了当事人的合法预期。对此分析过后,我将重点思考:第一,在本案中,为什么政府可以很坦然自信、甚至是满不在乎地问当事人"还想要听证吗",对听证仿佛闲庭漫步,对结果已稳操胜券?第二,为什么撤回行政许可的决定书中告知的救济,对当事人来说,形式意义胜于实质意义?第三,如果撤回行政许可,补偿能够解决问题吗?

我之所以会接触到本案,是应横店集团之邀参加该案的论证。为了避免让人感到我先入为主、偏袒企业,也为了使我的研究所依赖的事实尽可能客观、真实、全面,我将尽量使用九江市政府和主管部门作出的正式决定的法律文本。而且,我的研究不想纠缠于本案的是是非非,而是想尽可能超越本案,深入到对制度层面的思考。

二、辜负了合法预期

本案中,东磁公司按照政府的招投标方式,竞购位于九江市长虹大道北侧、火车站外广场两侧商住用地。并依法取得了建设用地规划许可证、建设工程规划许可证和建设工程施工许可证。对于上述竞标、许可活动的合法性,九江市政府和有关主管部门在正式的法律文本当中都没有予以否认。

2006年11月11日,丽景湾项目正式开工。2007年2月12日,A区工程桩完成施工;2007年4月30日,A区1#楼承台、底板完成施工。所有这些动工与工程进度,意味着该公司已为"丽景湾"建设项目投入了大量的资金,与诸多原材料供应商之间签订的合同也已经开始履行,也预示着项目完成之后将可能获得一定的利润。

东磁公司之所以敢于投资,并盘算预期的利益,当然是基于对政府许可行为的信赖。也就是说,只要东磁公司不违反法律,九江市政府主管部门就不会撤销有关许可。东磁公司也有理由相信,一个诚信的政府一定会保护这种信赖以及由此产生的信赖利益。因此,在本案中,显然产生了、也存在着合理的、应当受到法律保护的合法预期。

这种寻求合法保护的诉求,在《行政许可法》(2004年)第8条中得到回应。第8条的核心思想就是防止行政机关擅自改变已经生效的行政许可,切实保护

相对人依法取得的行政许可。按照大家通常的理解,第 8 条规定了补偿性保护。但其实,《行政许可法》(2004 年)第 8 条第 2 款也蕴涵着一种实体性保护。也就是,通过具体界定行使撤回或者变更权的条件来控制行政权力,不符合者,不允许变更或撤回许可。这种立法技术,是我国立法者尤其擅长的,它集中体现了立法者的睿智,老到而成熟。通过它,对合法预期的实质性保护将变得更为实在,具有更加客观的可衡量性。根据该条款规定,[①]只有符合以下条件之一的,才可以依法变更或者撤回行政许可:

(1) 行政许可所依据的法律、法规、规章修改或者废止,为了公共利益的需要,行政机关可以依法变更或者撤回已经生效的行政许可。

(2) 准予行政许可所依据的客观情况发生重大变化的,为了公共利益的需要,行政机关可以依法变更或者撤回已经生效的行政许可。

而且,从正确适用的角度看,不是只要存在公共利益,无论大小、多寡,都允许变更或者撤回,而是必须符合比例原则的要求,要求公共利益与相对人的合法权益相比,更加重要、更为巨大;相对人因此受到的损害比起公共利益来讲,要小得多,是相对人可以合理忍受的程度。

因此,如果需要变更或者撤销已经生效的行政许可,主管机关必须说明是否是国家法律、法规、规章发生变化,或者发生重大情势变迁,必须撤回已批准的许可证;必须说明该项目已经达到了必须撤回许可的程度,不撤回、不停建,不足以有效保护公共利益;必须充分论证撤回许可证,获得的公共利益将远远大于为此可能导致的当事人的损失。

但是,从九江市建设局《关于暂停丽景湾工程施工的通知》、九江市规划局、九江市国土资源局、九江市建设局《关于对停建"丽景湾"建设项目及善后处理意见的告知书》、九江市规划局《关于撤回 2005X0201077～078 号〈建设项目选址意见书〉、2005Y0201056～057 号〈建设用地规划许可证〉、2006G0201364～367 号〈建设工程规划许可证〉的决定》(九规决字〔2007〕01 号)以及九江市建设局《关于撤回 360403200610250101/360403200610250201 号施工许可证的决定》(九建决字〔2007〕1 号)中,我们并没有发现据以颁发行政许可的法律、法规、规章被修改或者废止,也没有发现客观情况发生重大变化。至少,上述法律文书之中,没有认真、详细阐述和解释"哪些据以颁发行政许可的法律、法规、规章

① 《行政许可法》(2004 年)第 8 条规定:"公民、法人或者其他组织依法取得的行政许可受法律保护,行政机关不得擅自改变已经生效的行政许可。

行政许可所依据的法律、法规、规章修改或者废止,或者准予行政许可所依据的客观情况发生重大变化的,为了公共利益的需要,行政机关可以依法变更或者撤回已经生效的行政许可。由此给公民、法人或者其他组织造成财产损失的,行政机关应当依法给予补偿。"

被修改或者废止了?客观情况发生了怎样的重大变化”。用行政法术语来讲,就是说明理由不清楚、不充分。

从上述法律文书的字里行间,以及横店集团法律顾问与我们的交谈之中,似乎“公共利益”(public interest)是九江市政府和有关主管部门撤回行政许可的惟一理由,也就是根据群众的反映和人大代表的意见,该项目的地段不适宜建筑,必须改为大片“绿地”。

但是,这个理由似乎很难说服当事人。因为丽景湾项目所处的地界的确十分重要,位于火车站对面,政府对东磁公司的设计也给予了极大的重视。希望该项目建成之后,能够形成“城市之门”的布局,成为火车站广场的标志性建筑,凸现九江城市的历史文化底蕴与形象,与这座历史文化名城相辉映,和周边的山水生态相吻合,体现出一种很高的品位与意念。所以,项目地块规划设计按照政府意见多次增删,几易其稿,经过六次论证方才定稿。九江市规划局在通过有关规划许可及其建设方案之前,还专门组织召开了城市规划行政许可听证会,全面征求了政府、人大、专家、市民代表和其他有关单位的意见。在当事人看来,丽景湾项目从规划、设计到建设方案的确定、许可,处处可见政府的身影,而且征求了各有关方面的意见(包括事后发难的人大常委会的意见),这充分说明了该项目决策本身就非常审慎、严谨和科学,已经充分考虑了项目与周边环境景观的协调一致,具有合法正当性,充分体现了公共利益的要求。

另外,丽景湾项目实际投入项目资金已达 13 500 多万元。如果撤回许可证,意味着政府要付出一大笔补偿金,除了上述已经实际投入的资金,还有因停工造成的经济损失、付给供应商的违约金以及项目完成之后可以获得的合理利润,总数额据公司估算将高达上亿元。这些补偿金都是纳税人的钱,无疑也是公共利益之所在。难道政府要付出双倍的公共利益去换取所谓的绿地所体现的公共利益?

因此,不要说当事人,就连我在阅读了有关卷宗之后也感到,九江市政府与有关主管部门似乎不能有说服力地解释其撤回许可行为符合《行政许可法》(2004 年)第 8 条第 2 款之中的任何一种条件,更无法让人信服地感受到存在着客观的、巨大的、必须通过撤回才能妥善保护的公共利益。这种失之草率的撤回行为自然也就辜负了当事人的合法预期。

三、还想听证吗?

我们观察本案中行政决定的形成过程,大致分为几个阶段:

(1) 九江市建设局于 2007 年 4 月 30 日给东磁公司一个《关于暂停丽景湾

工程施工的通知》(九建办字〔2007〕57 号),内容是“丽景湾工程由于社会反映大,市人大即将对该工程进行专题视察,请贵公司暂停施工”。

(2) 2007 年 6 月 20 日,九江市规划局、国土资源局、建设局联合发出《关于对停建“丽景湾”建设项目及善后处理意见的告知书》,文中对作出停建决定的程序也作了一些说明,即“丽景湾项目取得各项行政许可手续后,人民群众提出了异议,为此,市人大组织部分省市人大代表对该项目进行重点视察,并组织由工程院院士参加的权威规划设计专家进行了论证。根据人民群众的意愿、人大代表视察的建议和专家论证的意见……”

(3) 2007 年 6 月 22 日,九江市规划局《关于撤回 2005X0201077～078 号〈建设项目选址意见书〉、2005Y0201056～057 号〈建设用地规划许可证〉、2006G0201364～367 号〈建设工程规划许可证〉的决定》(九规决字〔2007〕01 号);同日,九江市建设局作出《关于撤回 360403200610250101/360403200610250201 号施工许可证的决定》(九建决字〔2007〕1 号)。

从上述正式文本的表述中可以看出,促成上述决定作出的主要环节与依据包括接到人民群众反映、人大代表视察、规划设计专家论证,只字未提是否曾向当事人说明理由、听取意见或者举行听证。据横店集团的同志介绍,在作出决定之前没有听取东磁公司的意见,更不用说听证了。从发出告知书到撤销许可证之间,仅隔 2 日,的确也很难想象会在这么短的时间内举行什么听证活动。

当然,东磁公司出于自身利益的考虑,也许会通过各种“关系”去打探消息,也可能会动员各种“力量”去影响、阻止有关决定的作出。但是,这只是中国人司空见惯、习以为常的一种“自力救济”,全然不是参与行政所说的那种“参与”,也谈不上受到正当程序的保障。

当然,从纯粹的法律规定上,从形式意义上,我们还无法强烈指责这种行政决定的不合法。因为,《行政许可法》(2004 年)第 8 条第 2 款就根本没有为当事人提供任何程序上的保护;第 46 条、第 47 条,[①]从行文表述以及立法原意上看,都只是对作出行政许可之前的听证要求。像本案这样,行政许可颁发生效

① 《行政许可法》(2004 年)第 46 条规定:“法律、法规、规章规定实施行政许可应当听证的事项,或者行政机关认为需要听证的其他涉及公共利益的重大行政许可事项,行政机关应当向社会公告,并举行听证。”

第 47 条规定:“行政许可直接涉及申请人与他人之间重大利益关系的,行政机关在作出行政许可决定前,应当告知申请人、利害关系人享有要求听证的权利;申请人、利害关系人在被告知听证权利之日起五日内提出听证申请的,行政机关应当在二十日内组织听证。

申请人、利害关系人不承担行政机关组织听证的费用。”

之后,如果要撤销,是否需要听证,在《行政许可法》(2004 年)中付之阙如。这种制度性的严重缺失给东磁公司带来了极大的不利。

但是,至少我们有两个依据说明九江市政府主管部门的决定在程序上是违法了,而且,一旦诉诸法院,将会招致撤销。一个依据是,国务院 2004 年 3 月 22 日颁布实施的《全面推进依法行政实施纲要》中对程序正当作了总体要求,“行政机关实施行政管理,除涉及国家秘密和依法受到保护的商业秘密、个人隐私的外,应当公开,注意听取公民、法人和其他组织的意见;要严格遵循法定程序,依法保障行政管理相对人、利害关系人的知情权、参与权和救济权。”在政府眼里,该实施纲要是一个由国务院发布的“红头文件”,效力丝毫不亚于法律。

另外一个依据是,《最高人民法院公报》收录的案例,不少是直接依据正当程序作出判决,以弥补实体法在程序规定上的缺失。比如,在“兰州常德物资开发部不服兰州市人民政府收回土地使用权批复案”(2000(4))、“宋莉莉诉宿迁市建设局房屋拆迁补偿安置裁决案”(2004(8))、“张成银诉徐州市人民政府房屋登记案”(2005(3))中,都是在没有法律明确规定的情况下,直接确认了原告应当享有告知、听取辩解和陈述等程序权利。

因此,我们可以非常有把握地说,在本案中,由于停止施工和撤回许可证将对东磁公司的重大利益产生影响,要事先告知当事人,并应当认真听取当事人的意见,必要时还应该召开听证会,征求当事人和有关利害关系人的意见。但是,九江市人民政府和有关主管部门在作出决定时却没有履行上述程序,违反了正当程序的基本要求。

而且,像本案这样的程序违法,其后果应该比较严重。正如普通法的传统理论所认为的那样,违反自然正义规则的行为,就像越权行为一样,将导致行政决定无效。因为公正行事的义务,就像合理行事的义务一样,被当作默示的法律要求来执行。因此,不遵守之,就意味着行政行为是在法定权限之外做出的,是不合法的,进而是越权、无效的。[①] 因此,违反听证的行政行为,会实质性地损害正当程序理念和要求,自然也就是越权、无效的。[②]

据说,当横店集团与九江市政府有关领导交涉,并提出这种程序瑕疵时,政府领导并不避讳,反而直截了当地答复道:“你要听证吗?我们可以组织。”这种

① Cf. H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, *Administrative Law*, Clarendon Press. Oxford, 1994, p. 516.

② Cf. P. P. Craig, *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, 1999, pp. 671-672. Cf. H. W. R. Wade, “*Unlawful Administrative Action*: *Void or Voidable*?”(Part II) (1968) 84 *The Law Quarterly Review* 101-103.

主动愿意补办听证手续的态度，对当事人来讲，应该算是一个“福音”。因为土地开发具有持续性和可接续性，所以，即使在作出撤回行政许可决定之后再举行听证会，只要结果有利，仍然可以“亡羊补牢”。但是，政府的“坦然”却使东磁公司更加忐忑不安，因为他们从中读出了政府的强硬态度——“即使给了你听证，也绝对不可能改变已作出的决定”，东磁公司显然对听证的结果丧失了信心，也不再坚持要求这项程序性保护。

显然，单纯的程序性保护不能满足当事人要求继续开发丽景湾项目的预期。而且，程序本身也的确不能真正满足当事人对实体内容的预期，因为程序正义对于实质正义的实现只起辅助性、助成性作用。所以，程序性保护的“强弩之末”，便是实质性保护开始的原点。英国的 *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Kahn* 案早就例证了这一点。[①]

但是，我想追问的却是，为什么本案中当事人会对听证失去信心？为什么在我国，听证会像价格规制中所揭示的“逢涨必听、逢听必涨”那样带有一定普遍性的“失灵”？是不是听证制度本身存在着瑕疵？还是在中国特有的情境之下，听证还需要别的什么元素？或者是现有的一些元素还权重、强化得不够？

可以说，经过这么多年的学术研究与积累，我们对西方的听证制度已经有了比较深入的了解。我们以英国的听证为样本，遴选、提炼出其中对行政决定有实质性影响的要素，[②]把它们大致整理、归纳为以下几点：

表 8-1　英国听证的要素

知情的权利	应告知有关对象，告诉处理的内容，公布有关材料
他人代理	除非有禁止规定，允许他人（包括律师）代理
禁止单方接触或私下调查	如果存在利益冲突的当事人，禁止行政机构与任何一方当事人单独接触。 行政机构私下调查取证，如果没有给当事人充分知情和发表意见的机会，同样违反自然正义。

① 该案中原告和他的妻子都定居在英国，想收养一个巴基斯坦的孩子。他去有关部门咨询时，对方给了他一个内政部的通知，里面很清楚地规定：对于想要收养、但又无权进入英国的孩子，在例外的情况下，如果满足某些条件，内政大臣也可以行使裁量权，作出有利于该孩子的决定。原告和他妻子就按照上述条件办了，并以为内政大臣会像他们所预期的那样作出决定。但是，内政大臣却以另外完全不同的条件为由拒绝批准该儿童入境。福赛(C. Forsyth)在分析这个案件时就指出，单纯的程序性保护根本无法满足本案当事人的预期，所以，对合法预期的保护必然要延伸到实质性保护。Cf. C. F. Forsyth, “*The Provenance and Protection of Legitimate Expectations*”(1988) *Cambridge Law Journal* 247-248.

② 对英国为代表的普通法国家的听证元素的归纳与整理，主要依据以下文献：P. P. Craig, *Administrative Law*, London. Sweet & Maxwell, 1999, p. 438, pp. 428-429, pp. 671-672. H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, op. Cit., p. 516, 531. 何海波：《英国行政法上的听证》，载《中国法学》，2006(4)。

续表

听证的合理安排	要给当事人足够的准备时间
质证与听取意见	在采信行政机关提供的有证明价值的证据之前,应当向申请人出示,并且听取其意见。在某些案件中,还必须对证人证言进行质证。
采信标准	主持听证的裁判所对证据的要求和采信标准要比法院来得低。
案卷排他主义	听证结束后,行政机关原则上不得接受新的证据。

引入听证的两个最重要的文本是《行政处罚法》(1996 年)和《行政许可法》(2004 年)。梳理其中的听证规定(当然,本案涉及的不是行政处罚问题,也不适用《行政许可法》上的听证,但是,制度的比较是能够发现问题的),我们会发现,基本的因素并不缺失,制度的模仿似乎已惟妙惟肖。那么,为什么实践的运转仍然让当事人信心不足?似乎这里更多的是中国情境下的问题了,需要我们耐住性子、沉下心来认真观察和分析我国的实践。在这方面,朱芒对上海市行政处罚听证制度的实施状况所作的实证分析及其结论强烈地吸引着我。在我看来,有两点是至关重要的:

(1) 某些要素存在着进一步内化,需要立足本土的分析与重构。

以"案卷排他主义"为例。在引进之初,在《行政处罚法》(1996 年)上似乎存在着一个明显的制度"硬伤",就是没有规定"案卷排他主义",这自然很容易使得实践上的听证流于形式,"你说你的,我干我的",使得行政机关有可能在听证之后依据未经质辩的证据作出行政决定。所以,《行政许可法》(2004 年)很快就纠正了这个错误,在第 48 条第 2 款明确规定,"行政机关应当根据听证笔录,作出行政许可决定。"但这是不是就很契合中国人的需要呢?

朱芒在研究中发现,在我国,"当事人不仅仅将行政听证程序作为(从证明或确认合法性要件是否存在的角度)依法维护自身权益的途径,还常常将此作为一种可以向相应行政机关呈情或表达愿望的机会",把听证作为一种解决纠纷的机制。[①] 因此,当事人很可能会在"要件—效果"关联框架之外提出一些他自认为"合情合理"、要求行政机关考虑采纳的证据或者方案(比如企业亏损、实际承受能力、行政机关是否有责任、争议持续的风险等)。一旦行政机关"认真考虑甚至接受",就能够很顺利地解决问题,实现息讼止分。因为"当这些理由或意见被采纳时,当事人自然对听证制度愈加认同,对听证程序的满意度愈加

① 参见朱芒:《行政处罚听证程序制度的功能——以上海行政处罚听证制度的实施现状为分析对象》,收入其著:《功能视角中的行政法》,16 页,20～28 页,北京,北京大学出版社,2004。

提高，由此导致使用事后救济程序的可能性降低”。[①]

因此，朱芒认为，严格的“案卷排他主义”会桎梏、妨碍上述实践，不利于纠纷的顺利解决。因为“案卷排他主义”意味着必须将与听证内容无关的事实、情节、证据与规范经过整理之后统统排除出去，不作为影响行政决定作出的相关因素。很显然，上述上海实践中当事人提出的很多意见和证据都在排除之列。而且，朱芒观察到，行政机关为了顺利解决争议，一般也不会自觉地选择“惟一论”来进行自我约束。也就是说，“案件排他主义”建立起来的“惟一论”在行政实务中也没有得到支持。[②]

我赞赏朱芒细致入微地观察与分析，但却不太同意他的解释。在我看来，不是“惟一论”的“案件排他主义”出了错，而是行政裁量的考量体系有问题。相关考虑因素仅限于法定相关因素，过分狭窄，不周全、不科学。因此，在“要件—效果”关联框架之内应汲取更多的酌定相关因素，应当做适当的延展。实际上，上海听证中当事人提出的很多理由与意见都属于可以考虑的酌定相关因素。当然，行政机关在听证中可以考量的因素也是有限度的，必须只能是法定因素以及合理延伸的酌定因素，[③]不能无限制扩大。

这种对《行政许可法》(2004 年)第 48 条第 2 款的重新认识与解读，就有可能把整个听证过程转化为一种在摸清当事人的预期基础之上的双方博弈与沟通的“合意”过程，从而在法律允许的框架之内尽可能地做到息事宁人。

(2) 行政机关有无诚意至关重要。

根据朱芒的研究，以及我与他之间的交谈，行政机关对通过听证来解决纠纷的诚意是极其关键的因素。否则，由于法律之中不可避免地存在着的大量的不确定法律概念；法律规定或许存在着不尽科学之处，有漏洞可钻；以及语言文字表述永远做不到完全精确，从而会产生理解上的歧异，等等，行政机关很容易找到形式上合法的或者看上去像那么回事的理由。

以本案为例，《行政许可法》(2004 年)第 8 条第 2 款允许撤回行政许可的规定之中，有一种情形是“准予行政许可所依据的客观情况发生重大变化的，为了公共利益的需要，行政机关可以依法变更或者撤回已经生效的行政许可”，也是很能够“做手脚”的地方。第一，行政机关可以根据事后的群众反映以及人大代

① 参见朱芒：《行政处罚听证程序制度的功能——以上海行政处罚听证制度的实施现状为分析对象》，收入其著：《功能视角中的行政法》，16 页，20～28 页，北京，北京大学出版社，2004。

② 参见朱芒：《行政处罚听证程序制度的功能——以上海行政处罚听证制度的实施现状为分析对象》，收入其著：《功能视角中的行政法》，22 页，注 23，北京，北京大学出版社，2004。

③ 关于行政裁量的相关考虑，参见余凌云：《论对行政裁量相关考虑的审查》，载《中外法学》，2003(6)。

表的意见,或者再组织程序化一些,由人大常委会出具一个正式的意见,然后,名正言顺地修改该地段的城市分区规划或者城市详细规划。根据《城市规划法》(1989年)第21条第7、8款的规定,城市分区规划和城市详细规划只需报城市人民政府审批。程序非常简便,一切尽在掌控之中。假如规划发生了变化,许可焉能不变?当然,这仅限于一种假设,九江市政府并没有这么做。但这却恰好是横店集团最担心今后会发生的事情。假如将来会发生这种情况,那么,现在再怎么努力打赢这个官司,将来也会"竹篮打水一场空"。第二,面对"公共利益"这个似乎说不清楚的不确定法律概念(undefined legal concept),你也很难有力地驳斥大片绿地不是"公共利益"的体现?

因此,解决主持听证人员的中立性、独立性固然重要,[①]但是,在我看来,是否想给当事人解决问题?是否真正把听证作为消弭纠纷的一次重要机会?行政机关的诚意就显得尤其重要。在英国,法官也认为,听取意见的关键在于真心诚意地邀请人家发表意见,并真心诚意地考虑人家的意见。[②] 由于得益于长期市场经济熏陶之下形成的个人诚信,以及民主宪政发达之后对行政权形成的发散型的、多元的、网络状的有效监督机制,使得政府诚信在英国那里有着良好的约束,所以,对此几乎是轻描淡写地一笔带过。但在我看来,在中国情境之下,这或许是一个非常本质性的东西,对听证的效果尤为至关重要。

我们所说的"诚意",不是道德层面的东西,而是指解决问题的意愿与诚心。从我对实践的观察上看,行政机关之所以会有诚意,甚至表现出比当事人还要迫切地希望及时解决有关争议,主要原因可能有:

(1) 的确出自良好行政的愿望,有错必纠,切实落实执法为民的要求。

(2) 惧怕当事人上访,将事态闹大,引起上级机关的关注、不满与压力。最终不但得去解决问题,还落得个领导对其印象不佳。

(3) 担心当事人提起行政复议或者行政诉讼之后,要付出更多的行政成本,包括:为应付行政复议、诉讼或者上访而支出的人力、物力、财力与精力;因败诉而年底考评扣分、当不上先进等。"得不偿失"。

对上述原因进行研究,我们会发现,类似西方的那种辅助性制度与情境,对

---

① 我不想循着这个思路去进一步思考,因为这个问题早已被我们发现。北大—耶鲁法律与公共政策联合研究中心、耶鲁大学中国法律中心和国家行政学院行政法研究中心于2007年7月23日专门召开了"行政争议协调解决制度国际研讨会",邀请美国专家Jamie P. Horsley,Jeffrey Lubbers,John Vittone和Janice B. Deshais重点介绍"行政法法官"(administrative law judge)制度,就是一种积极借鉴美国经验解决我国听证主持人的中立性的姿态与努力。而且,在我看来,解决好听证主持人的中立性、独立性问题,的确能够使行政机关不得不拿出解决问题的诚意来。

② R. v. Secretary of State for Social Services, ex parteAssociation of Metropolitan Authorities [1986] 1 WLR 1, at 4. 转引自何海波:《英国行政法上的听证》,载《中国法学》,2006(4)。

我们来讲,有的正在建立与形成之中,比如,信用体系的建设与公众媒体的监督,但不可能一蹴而就,也不太可能立刻就形成良好有序的辅助运转机制。在目前,或许我们可以做的是,加强对行政机关的执法考评,适当地把上访率与诉讼败诉率作为考量的因素,作为年底"打分"的一项标准和内容,也许是有益的。这能够迫使行政机关真正拿出解决问题的诚意来,而不是敷衍了事、麻木不仁。

当然,我也注意到了,当前执法考评也的确产生了一些负面的效应,个别行政机关怕被扣分,反而变本加厉地阻扰、压制当事人寻求救济,变得更加没有解决问题的诚意。[①] 我也承认,上访率和诉讼败诉率的高低不能完全说明行政执法的质量问题,但却能从一定程度上反映出执法问题。所有这些都会一定程度地动摇和否定上述我的制度设想。但是,我还是坚持认为,只要在执法质量考评指标体系之中有所体现,并给予恰当的权重,还是可以起到一定的督促和激励作用的。因为,政府解决问题的诚意有无和多少在上访率与败诉率之中是可以得到一定的反映。而且,对于实践中出现的那些偏差,可以有针对性地去预防和纠正。

四、被"算计"了的行政救济

在九江市规划局《关于撤回2005X0201077～078号〈建设项目选址意见书〉、2005Y0201056～057号〈建设用地规划许可证〉、2006G0201364～367号〈建设工程规划许可证〉的决定》(九规决字〔2007〕1号)以及九江市建设局《关于撤回360403200610250101/360403200610250201号施工许可证的决定》(九建决字〔2007〕1号)中,都同样规定:"如不服本决定,可在接到本决定之日起60日内依法向江西省建设厅和九江市人民政府申请行政复议,或3个月内直接向九江市浔阳区人民法院提起行政诉讼。"

从表面上看,上述撤回决定中对行政救济的告知简直是完美无缺、无懈可击,对行政复议和行政诉讼的受理机关与期限都规定得十分清楚,完全符合法律规定。但是,从横店集团与九江市政府的汇报、交涉情况看,上述规划局和建

---

① 以信访为例,群众的上访已经使某些地方政府患上了"信访综合征"。这种"信访综合征",一方面助长了个别当事人的一种心理——"大闹大解决,小闹小解决","只要闹,就能解决"。这显然不利于给社会传递一种正确的法律意识、权利义务观念。另一方面,不管信访案件是否存在问题,行政机关的处理是否有违法情况,上级政府一律要求引发矛盾的行政机关立刻解决,只要当事人不闹就行。基层行政机关因为害怕上级机关的考评、责任倒查等等,对信访也成惊弓之鸟,在处理信访案件上也出现了不依法办事、"出卖公权力"的现象,只求息事宁人。参见蒋安杰、张学锋、张亮、李磊、刘显刚、王进文:《一石激起千层浪——"信访责任倒查"机制的法理评析》,载《法制日报》,2007-08-26。

设局的撤回决定实际上是在执行市政府、市委的决策。这就使得上述告知的救济只是一个“美丽的神话”,一个被“算计”了的、无法兑现的“期票”。或许这种“算计”不是出于有关政府部门的本意,而是因为《行政诉讼法》(1989 年)、《行政复议法》(1999 年)本身规定使然。但就结果而论,的确是把当事人给“算计”了。

因为,上述撤回决定本身代表了市政府、市委的意见,这使得“向九江市人民政府申请行政复议”变得毫无意义。“自己做自己案件的法官”,复议结果可想而知。而向“浔阳区人民法院提起行政诉讼”,意味着两审都将在九江市境内进行,九江市区人民法院和市中级人民法院能够撤销上述代表着市政府、市委态度的行政决定吗?

但是,假如东磁公司无法有效寻求行政救济,那么,一旦与九江市政府和有关主管部门谈判失败,就根本无法获得司法的实质性保护。或者退一步说,假如撤回行政许可已成定局、不可挽回,在补偿问题上双方无法达成协议,需要由法院来居中裁断,东磁公司能够得到满意的判决吗?

这是当前行政诉讼普遍遇到的问题。从法院的实践看,比较有针对性的、也是正在推广实施的解决办法有两个:一是异地交叉管辖;二是指定管辖,提高审级。这两种做法都得到了最高人民法院的首肯。最高人民法院院长肖扬在第五次全国行政审判工作会议上说:“要积极推进行政案件管辖制度的改革和完善,通过加大指定管辖、异地审理的力度,防止和排除地方非法干预,为人民法院依法独立公正审理行政案件提供制度保障。”“行政案件管辖制度的改革,可以起到以较小的代价,解决长期困扰行政审判问题的作用,对于保证人民法院公正审判意义重大。”①

最具有创新意味的是行政诉讼“异地交叉管辖”,它始于 2002 年台州市中级人民法院,取得较显著的成效之后,由浙江省高级人民法院向全省推广。② 但它在实践者看来还是有点“打‘擦边球’的意思”,因为它要连续运用《行政诉讼法》(1989 年)第 23 条规定,③“一收一放”。就是先将有审判困难的案件的审理

① http://bbs.edu1488.com/dv_rss.asp? s=xhtml&boardid=4&id=1784&page=19;或者 http://zhoudz198611.blog.163.com/blog/static/1057550200731562613302/,访问时间:2007 年 8 月 5 日。

② 据台州中院统计,2002 年 7 月至 2003 年 6 月,一审审结被告为县级政府的行政案件 72 件,政府败诉 45 件,败诉率 62.5%。此前一年,台州市一审审结同类案件 107 件,政府败诉 14 件,败诉率为 13.1%。顾春:《调查:“民告官异地审”管用吗》,载《人民日报》,2007-05-14(10)。http://cpc.people.com.cn/GB/64093/82429/83083/5724427.html,访问时间:2006 年 12 月 21 日。

③ 《行政诉讼法》(1989 年)第 23 条规定:“上级人民法院有权审判下级人民法院管辖的第一审行政案件,也可以把自己管辖的第一审行政案件移交下级人民法院审判。

下级人民法院对其管辖的第一审行政案件,认为需要由上级人民法院审判的,可以报请上级人民法院决定。”

权收到上级法院，然后又将审理权下放给另外一个下级法院。而按照对第23条规定的正常理解，应该只是单向性、一次性的——要么收上来、要么放下去。但是，这种实践受到浙江省高级人民法院和最高人民法院认可之后，也就自然克服了这种法律依据上的瑕疵，成为法院发展行政法的一个创新举措，取得了合法正当性。

但是，行政诉讼“异地交叉管辖”迄今只限于中级人民法院以下。从台州的实践看，是针对可能受到干预的行政案件，告诉原告直接到台州市中院起诉，再由中院指定其他基层法院审理。在2006年4月形成的台州市中院规范性文件当中，上述实践的层次格局没有改变，只是将异地管辖案件的范围拓展到所有行政诉讼案件，并赋予原告是否要求异地管辖的选择权。[①] 这种异地交叉管辖模式也在全国第五次行政审判工作会议上得到了肯定。[②]

所以，横店集团如果要尝试“异地交叉管辖”，只能在九江市之内的基层法院之间交换案件的审理权，这对当事人没有实质意义。如果要跳出九江市，由其他市的中级法院审理，似乎又超出了目前全国法院系统实验的格局，没有先例和政策支撑。

提高审级，或许是能够考虑的另外一个方案。横店集团能不能尝试着说服九江市法院，本案纠纷涉及的数额巨大，对社会、对外地投资商的影响较大，属于《行政诉讼法》(1989年)第14条(三)规定的“本辖区内重大、复杂的案件”，要求一审直接由九江市中级人民法院审理?

但是，第14条(三)之规定是典型的不确定法律概念。尽管最高人民法院在《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(2000年，以下简称《若干问题的解释》)中专门对该项做了解释，试图进一步明确上述不确定法律概念的内涵，[③]但是，不幸的是，本案的情形在第8条解释之中依然没有被解

---

① 顾春：《调查：“民告官异地审”管用吗》，载《人民日报》，2007-05-14(10)。http://cpc.people.com.cn/GB/64093/82429/83083/5724427.html，访问时间：2006年12月21日。

② 有管辖权的基层人民法院不适宜管辖的第一审行政案件，经原告申请、基层人民法院提请或者中级人民法院决定，可以由中级人民法院将案件指定到本辖区内其他基层人民法院管辖审理，实行异地管辖。http://bbs.edu1488.com/dv_rss.asp? s=xhtml&boardid=4&id=1784&page=19；或者http://zhoudz198611.blog.163.com/blog/static/1057550200731562613302/，访问时间：2006年12月21日。

③ 《若干问题的解释》(2000年)第8条规定：有下列情形之一的，属于行政诉讼法第十四条第(三)项规定的“本辖区内重大、复杂的案件”：

(一)被告为县级以上人民政府，且基层人民法院不适宜审理的案件；

(二)社会影响重大的共同诉讼、集团诉讼案件；

(三)重大涉外或者涉及香港特别行政区、澳门特别行政区、台湾地区的案件；

(四)其他重大、复杂案件。

释到,又被再次打入第8条(四)的不确定法律概念之中。这意味着九江市中级人民法院对该案是否要提高审级、是否要直接受理该案具有绝对的裁量权,享有最终的话语权。但是,面对着九江市政府与市委,九江市中级人民法院会肯迈出有利于当事人的这一步吗?

横店集团也比较敏锐地预见到了这一点,所以,试图向江西省高级人民法院提出提高一审审级的要求,由九江市中级人民法院负责一审,二审自然就可以跳出九江市,由省高级人民法院受理。

但是,根据《行政诉讼法》(1989年)第23条规定,指定管辖提起的主体都是法院,要么是有一审管辖权的法院提出,要么是由上级人民法院决定。假如我们把“上级人民法院”仅理解为“上一级人民法院”,那么,在本案中会出现两种很尴尬的情形:一是有管辖权的九江市浔阳区人民法院可能不会主动表示对该案的审理存在着困难,并报请九江市中级人民法院决定,由后者直接一审。二是九江市中级人民法院也很可能不会主动依据职权将浔阳区人民法院受理的一审案件收上来,由自己来审理。理由都是一样的,不愿意因此开罪九江市政府、市委。

那么,第23条中的“上级人民法院”能否理解为有一审管辖权的法院之上的所有法院,包括九江市中级人民法院、江西省高级人民法院,甚至最高人民法院?至少目前没有明确的司法解释。从行政法理论与行政审判实践中,我也没有找到有力的依据与先例。

因此,从本案中,我们发现,未来行政诉讼法的修改,要特别注意为当事人规定启动或者申请管辖变更方面的权利。[①] 而且,对于目前行政法学者比较认同的提高审级的观点,我觉得还应该进一步规定行政诉讼的三审终审作为必要的补充。因为在以市政府为被告的行政案件中,市政府的社会关系网络或许会编织到省里,并对省高院的二审产生影响。但是,随着审级的提高和三审终审,会使救济途径进一步延伸,使得被告行政机关的社会关系网络逐渐“鞭长莫及”,对法院的影响力依次递减,从而能够较好地保证行政诉讼公益目的的实

---

① 让人高兴的是,这个问题在2008年初得到了初步解决。《最高人民法院关于行政案件管辖若干问题的规定》(法释〔2008〕1号)第2条规定:“当事人以案件重大复杂为由或者认为有管辖权的基层人民法院不宜行使管辖权,直接向中级人民法院起诉,中级人民法院应当根据不同情况在7日内分别作出以下处理:

(一)指定本辖区其他基层人民法院管辖;

(二)决定自己审理;

(三)书面告知当事人向有管辖权的基层人民法院起诉。”

但是,在我看来,这还不够彻底。当事人如果认为中级人民法院也不宜管辖,是否可以直接向省高级人民法院起诉呢?比如,本案就面临着这个问题。

现，渐次强化对行政权有效控制的诉讼效应。

五、预期很低的补偿

九江市政府与有关主管部门也知道如此处理是会产生补偿责任的，而且，也都不回避补偿问题。九江市规划局、国土资源局和建设局在《关于对停建"丽景湾"建设项目及善后处理意见的告知书》中专门用一个标题说明了要"依法给予项目开发单位合理补偿"，全文是"我们将依法依规妥善处理丽景湾项目善后事宜，既要努力把损失降到最低程度，又要对因停建丽景湾项目给被许可人横店集团九江东磁房地产有限公司造成的财产损失，依法给予合理补偿"。在撤销许可证的两个行政决定中，九江市规划局和建设局又再次表示"对因停建丽景湾建设项目给被许可人横店集团九江东磁房地产有限公司造成的财产损失，我们将依法给予补偿。"

我们假定九江市行政主管部门的撤回许可证行为是合法的，根据《行政许可法》(2004 年)第 8 条第 2 款的规定，当然要承担补偿责任。这是由法律明确规定的合法行政行为引起的补偿，是对信赖许可而产生的合法预期的一种补偿性保护。

对这种补偿的正当性，可以从两个角度去理解。一种是"公共负担平等"(equality before public burdens)。这是法国人所提倡的一种理论。由于深受集体主义(collectivist)或者社会主义(socialist)观念的影响，法国允许行政机关为追求其所认为的更大的利益而改变行政行为，法院也不轻易去拘束行政机关的自由，但是，对于相对人作出的特别牺牲(special sacrifice)，也就是非正常的(abnormal)、特别的损失，行政机关要给予补偿(compensation)。

在法国有一个很典型的案件——Rigal case，一个叫 Rigal 的放射科私人医生使用铯源进行治疗，并拥有相应的执照，十年来他也从中获益。但是，主管部门考虑到低强度放射治疗的副作用与低效率，撤销了该执照。Rigal 因此就得关闭诊所或者投资引进更加昂贵的新设备。行政法院认为，全法国 180 个放射科私人医生中的 30 个受到了部长的这个新政策的影响，他们为了公共利益遭受了严重损失，因此，应根据平等原则对他们的损失给予补偿。[①] 因为在 Rigal case 中，当事人付出了非正常的、特别的损失，不属于行政活动中应当由社会一般公众都承受或者容忍的不便或者损害，所以，必须通过要求行政机关承担无

① Cf. Soren J. Schonberg, *Legitimate Expectations in Administrative Law*, Oxford University Press, 2000, pp. 175-176.

过错责任(no-fault liability)来解决公共负担的失衡问题。

本案的情形也大致如此。东磁公司在开工之后被迫叫停,公司本身没有任何的过错与过失,却要为政府追求的"公共利益"付出巨大的经济代价,自然属于一种特别牺牲,只有充分的补偿才能填补公共负担上的失衡。

另外一种理解是通过补偿换取行政的自由。这实际上是把补偿理解为一种交易,一种"对价",行政机关就可以合法的"食言",换取其本不该有的权力。[①] 持这种理论的,比如英国。英国尽管没有类似于法国的公共负担平等原则,法院也回避发展风险或者平等责任,但是,却允许由行政机关自己根据个案(*ad hoc*)来作出对等(优惠)的补偿(equitable (*ex gratia*) compensation),以减少行政实施的困难。[②] 尽管实际补偿的事例在英国实践中还是比较少见,但是,这中间似乎已经透露出某种交换的意味。

我也比较倾向用这种理论来解释补偿。撤回行政许可的补偿,实质就是说服性的权力(利)等价交换。既然是一种换取行政自由的"对价",补偿就决不应该只是象征性的、抚慰性的,而应该是充分的补偿。充分不是要满足当事人的"漫天要价",因为有着公共利益的因素。但是,充分却应当是合理的、足够的,是一般有理性的第三人都能够接受和认同的。[③]

明确这一点很重要。因为充分的补偿,意味着政府行使变更或者撤回行政许可的权力必须支付比较大的成本,这反过来,能构成一种对权力的制约,从经济成本上让政府知难而返,使政府更加理性地决断。所以,尽管英国、法国还有欧共体都认为,行政责任的主要目的是通过赔偿(补偿)实际损失来对行政错误进行救济,但是,与此同时,也都不否认,其具有一个很重要的从属(ancillary)的目的,就是阻止行政机关和个人固执己见、一意孤行。[④]

在本案中,横店集团九江东磁房地产有限公司依法获得商住用地以及有关许可证之后,项目于2006年11月11日正式开工,历时近半年,实际投入项目资金已达13 500多万元。项目被迫停工后,每天直接经济损失多达10多万元。再加上取消项目而导致的违约,必须给合同相对方支付的违约金、赔偿金等,据

---

① 其实,上述法国的"公共负担平等"实际上也包含了权力(利)交换的意思。

② 很有意思的是,在英国,法律一般不规定对合法撤回的补偿问题,但是,对于撤回规划许可(planning permission),法律却明确规定对因信赖许可而产生的损失(expenses incurred in reliance on the permission)必须予以补偿,这似乎是英国现行成文法中仅有的一个例外。Cf. Soren J. Schonberg, *op. Cit.*, p. 172, 174.

③ 在法国,因为信赖许可而产生的损失通常能够得到补偿,纯粹的经济损失(pure economic loss),包括利润的损失(loss of profit),原则上也能够得到补偿,但是,要有因果关系。Cf. Soren J. Schonberg, *op. Cit.*, p. 177, and footnote 72.

④ Cf. Soren J. Schonberg, op. Cit., p. 172.

公司估计，总数额将高达上亿元。但是，从东磁公司与九江市政府和主管部门的交涉情况看，谈判似乎比较艰难。

政府的补偿预期显然没有这么高，至少是东磁公司与其他供应商之间发生的连锁违约责任要支付的违约金和赔偿金，以及按照目前房地产市场行情与未来走势，丽景湾项目开发之后可能获得的合理利润，都不太可能纳入政府考虑的补偿范围之内。作为一个欠发达的地级市，要凑出几百万或者一、两千万或许还是可能的，但是，要它一下子拿出上亿元的资金作为补偿，就是为了换回一片绿地，这简直不可想象。对于九江市政府方面提出的其他一些解决方案，比如，置换其他地块，东磁公司考虑成本与利润，又觉得不能接受，很不划算，“无（少）利可图”。协商似乎是一条没有结果、徒耗精力的“马拉松”。

这显然暴露出《行政许可法》（2004 年）第 8 条第 2 款规定的内在缺陷。正如很多学者批判的，该条款的补偿缺少具体的标准、程序与期限。实践中只能靠个案中双方的谈判与磋商。但是，像本案这样，异地投资，栖息于“他人屋檐下”。政府单方意思表示，就能撤回许可证。东磁公司却不能不停工。东磁公司明显缺少能够有效牵制对方、讨价还价的“砝码”。补偿多少、怎么补偿很大程度上由政府说了算。那么，我们凭什么来保证协商的公正，保证通过协商就能消弭纷争呢？

因此，问题的关键就变成，首先，应当由法律明确规定补偿的标准，这非常重要且必要，它能够提供考量的客观标准，划定补偿的最低底线，减少纷争。其次，应当明确补偿的程序与期限，这也十分必要，它可以有效防止行政机关通过“拖延战术”让当事人身心疲惫、使问题不了了之。

六、结　束　语

以英国、欧共体的合法预期制度为参照，《行政许可法》（2004 年）第 8 条的设计可以说有得有失。有得之处在于对实质性保护的规定，充分体现了中国立法者的聪明睿智，显现了中国式的保护路径更加务实、客观。有失之处在于程序性保护杳无踪迹、补偿性保护失之抽象。

更为重要的是，通过九江市丽景湾项目纠纷案的研讨，我们发现，《行政许可法》（2004 年）第 8 条在实践中的诸多非立法所能预期的缺失和不足。这种发现，对于丽景湾项目的当事人来说，是不幸的。但是，对于制度的完善来讲，却又是十分有益的、值得庆幸的，它让我们能够充分、透彻地认识到第 8 条立法与实践的不足，为下一步完善提供了路径与方向，使引进的合法预期能够真正在

社会中扎根。

讨论本案，还不能忽略一个很重要的情节，那就是政府与党委的换届。纠纷产生之时主政的市长和市委书记，都不是原来审批并作出决定的那任市长与市委书记。“人存政举，人亡政息”。在我国，必须特别警惕在换届之间的行政不连续、政策不连贯。政策的传承抑或突变，关系政府的诚信、百姓的信赖。

对行政机关滥用职权案件的司法审查*
——从若干判案看法院审理的偏好与问题

目　　次

一、引　　言

从检索的结果看，[①]法院直接适用《行政诉讼法》（第七届全国人民代表大会第二次会议于 1989 年 4 月 4 日通过，自 1990 年 10 月 1 日起施行）第 54 条

---

* 这是我主持承担的国家社会科学基金项目“行政自由裁量的司法控制”的主要阶段性成果，也是我主持的北京市哲学与社会科学“十一五”规划项目“北京市行政执法自由裁量权问题研究”的阶段性成果。我曾将本文提交给清华大学法学院为庆祝清华大学成立 95 周年、法学院复建 11 周年而召开的“中日行政法研讨会”（2006 年 4 月 27 日至 28 日），并在会上作了主题发言。何海波博士给了不少中肯的意见，在此致谢。当然，文责在我。本文的主要部分发表在《中国法学》，2008(1)。

① 我曾经在新浪网、google、百度上搜索“行政，裁量”，得到的结果却很令人沮丧，几乎很少这方面的法院判案。马民鹏法官在海淀区法院帮我收集行政裁量案件的判决，结果也让人失望，据说这些年海淀区法院直接运用《行政诉讼法》(1989 年)第 54 条(二)5“滥用职权”的判决不是很多。我还让孔海见、赵匹灵和马文正三位研究生帮助在“北大法律信息网”和其他网站上，以及公安大学图书馆、北京图书馆中搜寻这方面的案件，收集到了一些，但也不是很多。在此，对上述法官、同学的帮助，一并致谢。

(二)5“滥用职权”作为判案的直接依据的案件是不多的。[①] 或者索性把搜索的范围再扩大一些,将原告以被告行政机关“滥用职权”为由起诉而法院却在判决中有意或无意回避正面回答的案件,以及只要是案件中或者案例评析中提到“滥用职权”字眼的案件都纳入检索(收集)的范围,但结果仍然是比较少。[②]

排除我们收集资料方法可能存在的缺陷以及不够尽心等因素之外,上述结果本身就非常耐人寻味。为何如此?也有学者分析,“滥用职权在司法实践中极为罕见,原因不在于滥用职权的情况较少,而是由于采取‘滥用职权’的撤销条件很难认定”。具体原因是,第一,对于一个行政机关来讲,其主体意志出于何种状态,法院不易认定,也不宜认定。行政机关的行政行为在作出之时,就有国家公定力的假定存在。法院不可能以自己的意志衡量另一国家权力机关的意志。第二,“滥用职权”的客观表现形式与“超越职权”“显失公正”的情形有诸多重合和不易区别之处。第三,“滥用职权”与一些事实行为难以区别。甚至有学者建议取消“滥用职权”这一撤销条件。[③]

---

① 《行政诉讼法》(1989 年)第 54 条规定:“人民法院经过审理,根据不同情况,分别作出以下判决:

(1) 具体行政行为证据确凿,适用法律、法规正确,符合法定程序的,判决维持。

(2) 具体行政行为有下列情形之一的,判决撤销或者部分撤销,并可以判决被告重新作出具体行政行为:

1. 主要证据不足的;

2. 适用法律、法规错误的;

3. 违反法定程序的;

4. 超越职权的;

5. 滥用职权的。

(3) 被告不履行或者拖延履行法定职责的,判决其在一定期限内履行。

(4) 行政处罚显失公正的,可以判决变更。”

《行政诉讼法》经过 2014 年、2017 年两次修正之后,仍然保留了“滥用职权”审查标准,规定在第 70 条(五)。

② 沈岿博士对《人民法院案例选》(行政卷,1992—1999 年合订本)中选录的 270 个案例进行研究之后,也有类似的发现,他说:“研究的结果确实令我颇为惊讶。在 270 个案例中,行政机关败诉的为 182 件。在判决中明确适用滥用职权标准的只有 6 个案例,加上原告撤诉、法院未就实体问题进行判决但评析认为构成滥用职权的 1 个案例,共 7 个,占败诉案例的 3.85%。即便再加上判决中未适用滥用职权标准、只是评析认为属于滥用职权的 3 个案例,也才 10 个,仅占败诉案例的 5.49%。”参见沈岿:《行政诉讼确立“裁量明显不当”标准之议》,载《法商研究》,2004(4)。

郑春燕博士也发现了类似的情况。根据她收集的材料显示出,浙江省高级人民法院对 1991 年至 2003 年全省一审行政案件结案情况的统计数据,变更结案的仅占全部结案案件的 1%。2004 年台州市中级人民法院共审结 219 个二审案件。其中 134 份行政判决中,114 个案件维持原判,20 个案件改判,改判率为 14.93%。经过阅读案卷发现,这 134 个案件中,运用“滥用职权”标准的比例为零,包含行政处罚是否“显失公正”判断的仅 7 个案件,两者之和占总判决数的 5.22%。即使加上依据“适用法律法规错误”标准进行审查的界定不确定法律概念的案件,也只有 14 份判决涉及对行政裁量运作的审查。其中,1 个案件改判,改判率为 7.14%,远远低于比普通案件 14.93%的改判率。参见郑春燕:《运作于事实与规范之间的行政裁量》(浙江大学法学院博士学位论文,2006 年)

③ 参见江必新主编:《中国行政诉讼制度的完善——行政诉讼法修改问题实务研究》,280~281 页,北京,法律出版社,2005。

我对上述判断中所蕴涵的基本理论观点不完全认同，比如，首先，在我看来，“显失公正”（“明显不当”）应该是“滥用职权”的一个子标准，而不是并列关系。[①] 其次，对行政裁量的实质性审查也不是去考量、推测行政机关的意志问题，而是审查其裁量过程有没有发生偏差。也就是说，实质性审查仍然主要是客观性审查，而不是主观性审查；仍然是对行政的合法性审查（review of legality），而不是要进一步延伸到对行政的道德性审查（review of morality）。[②] 再者，我也不同意取消“滥用职权”的审查标准（假如我的理解没有错误）。

对于直接适用“滥用职权”审查标准判案的情况比较少的原因，我在其他地方已经做过一些分析，[③]很可能是因为迄今我们对行政自由裁量的研究还不够深入，还不能给立法机关和司法解释提供有效的解决方案，使得《行政诉讼法》（1989 年）第 54 条（二）5“滥用职权”过玄，缺乏富有操作性的明晰细腻解释，所以，只能被高高地祭在“不食人间烟火”的祭坛上。但是，除此之外是否还有其他的、尚不为我们注意到的原因呢？这是本文研究的一个主要“动机”，一种原动力。本文的研究结论，对于上述学者提到的“很难认定”问题，或许可以做进一步的修正与注脚。

但是，我却想超越这一层次，希望通过对法院判案的分析，能够梳理出当前法院在运用实质性审查标准（即《行政诉讼法》（1989 年）第 54 条（二）5“滥用职权”）上存在的主要问题，或者对审查技术的偏好，并进一步追问为什么会出现这样的问题，或者为什么会有这样的偏好。[④] 其中，有些或许是偏颇的，要求我们进一步改正和避免；有些却可能是有益的，要继续坚持和完善。

如前所述，为了本文的研究，收集到了一些案例。但是，经过仔细的挨个阅读，发现很多案件的介绍过于简单，往往是结论性地给出判案结果，缺少整个案

---

① 参见余凌云：《行政诉讼上的显失公正与变更判决——对行政诉讼法第 54 条（四）的批判性思考》，载《法商研究》，2005（5）。

② 法国行政法也拒绝将“滥用职权”的观念延伸到对行政道德的违反。这意味着，只要行政机关的行为与构成社会基础的伦理和道德信念之基本原则不相抵触，那么，是否违背道德法则是无关宏旨的。（French jurisprudence of administrative law has, however, rejected the attempt to extend the notion of *detournement de pouvoir* to the violation the “*moralite administrative*”. This means that violation of the laws of morality is irrelevant so long as the administration does not act in contravention to the basic principles of moral and ethical conviction which constitute the basis of the community）。Cf. Zaim M. Nedjati & J. E. Trice, *English and Continental Systems of Administrative Law*, North-Holland Publishing Company, 1978, p. 42.

③ 参见余凌云：《行政自由裁量论》，85～86 页，99 页，131 页，北京，中国人民公安大学出版社，2005。

④ 对行政裁量的审查标准是很多的，但是，本文的研究范围只限定在对实质性审查标准的运用问题上。无疑，实质性审查是行政裁量审查的核心问题。

件过程、细节与争论点的详细描述;有些案件,尤其是那些作为教学辅助资料的案例,往往呈现案件——理论之间的直线性对应关系,很可能是为了便于初学者研讨、辩论而精心地"咀嚼"或者"裁剪"过。可以说,作为研究的"素材",绝大多数案件不理想。我只从中遴选出三个比较有代表性、资料相对丰富的案件进行分析。汇德公司案是经过我们论证的一个案件,当事人提供了非常完整的行政处理决定和审判文书以及详细介绍了审理过程和争论点;而尹建庭案和凯立案都已由媒体详细跟踪报道,学界也多有讨论,案件的细节问题不断披露出来,有关的法律争论点也相对比较清晰,所以,作为案例研究的素材是比较理想的。更重要的,上述三个案件,凭我对实践审判关注的直觉,应该也具有一定的典型性、代表性。当然,为了能够更充分地支撑我的研究,尽量消除读者可能提出的"以偏概全"的质疑,我也将其他一些案件作为注释性、补充性的辅助材料使用。

首先,我通过对汇德公司案的分析,发现法院容易在事实认定、法律适用与行政裁量之间发生混淆。然后,通过尹建庭案,发现法院因行政裁量司法审查标准体系不完善而面临的窘迫、尴尬,以及不太成功的"转换型"审查策略的运用。最后,通过对媒体、学界关于凯立案沸沸扬扬的是非评说之分析,直击行政裁量司法审查中的一个非常敏感的问题——审查的力度与边际。

二、对行政裁量的误读?

我们先从一个具体个案——山东省汇德会计师事务所有限公司诉青岛市工商行政管理局工商行政处理案(以下简称"汇德公司案")入手,[①]来剖析行政

① 该案的基本案情是,山东省汇德会计师事务所有限公司(以下简称"汇德公司"),原来是青岛市财政局的会计师事务所,1998 年脱钩改制,成立现在的事务所,当时有股东 33 人。2001 年 8 月 28 日,汇德公司召开全体股东大会,通过股东大会决议,主要内容包括:(1)现有股东 30 人一致同意由发起人出资组建合伙制会计师事务所,一般出资人退资。(2)新组建的合伙制会计师事务所不继承原有限公司的法律权利与义务。(3)确定公司资产清算基准日为 2001 年 9 月 30 日。合伙制会计师事务所经行业管理当局批准后,原有限公司注销,办理合伙制会计师事务所的有关登记注册等事宜。随后,24 名出资人签署《退股声明书》,声称:"作为有限公司的一般出资人,退出在有限公司的股份,汇德会计师事务所的注册资本全部由发起人出资,并委托本所管理委员会(董事会)办理有关工商登记事宜。"9 月 28 日,公司管理委员会一致通过了"1998 年 12 月—2001 年 9 月 30 日期间的净资产分配意见"。

2001 年 10—12 月期间,汇德公司向山东省注册会计师协会及山东省财政厅等有关部门报送了关于申请组建合伙制会计师事务所的相关材料。但未得到有关部门的批准。截至 2002 年 1 月 6 日,汇德公司原股东除周厚莲和王晖外,均收到公司退还的全部出资或部分出资款。

2002 年 1 月 6 日、7 日,王庆和、牟敦潭、吕建幕、周厚莲、王晖六名股东签署了《汇德有限公司股东退出其全部或部分出资后公司的实收资本(总股本)和股权结构情况》和《股东会决议》,决定由现有上述六名股东以其应分利润转为实收资本,使公司继续保持注册资本 200 万元人民币。1 月 8 日,王庆和等五名股东签署公司章程,规定:"王庆和等六名股东出资额占公司注册资本 100%。"股东吕建幕未(见下页)

裁量应该是在什么层面上发生的？法院是怎么误读的？为什么会发生这样的误读？以及一个更加理论性的问题——发现事实（the finding of facts）以及将确定的标准适用到事实上（the application of settled standards to the facts）为什么不存在行政裁量问题。

1. 本案在什么层面上涉及行政裁量问题？

在该案审理中，一个核心问题就是被告青岛市工商局撤销变更登记决定是否存在着滥用职权？在一审中，被告辩解道："依照法律规定，被告对企业登记注册实行的是形式审查，……经过形式审查合格的，由被告核准登记，核发有关证书。同时，行政机关还应当对核准的行政许可事项进行监督检查。发现企业

（接上页）在该章程上签字。2002年1月28日，汇德公司向青岛市工商局申请公司变更登记，要求将股东由原33人变更为王庆和等六人；将公司住所由青岛市东海路37号变更为青岛市东海西路39号世纪大厦26、27层。并提交了有关申请材料。青岛市工商局于2002年2月4日经审查对该股东变更申请予以登记。2002年6月10日，王庆和等6名股东签署《股东之间股权转让协议》，由周厚莲、王晖受让其他4名股东部分股权。同日，公司股东会表决通过关于修订公司《章程》的决议，将股东出资情况进行了相应修订。2002年7月12日，原告就该次股权转让申请股权变更登记，被告经审查于2002年7月20日予以登记。

2003年9月7日，汇德公司原股东徐世欣等19人向青岛市工商局举报，认为汇德公司在股东变更登记时隐瞒事实、提供虚假材料，要求撤销汇德公司的股东变更登记。青岛市工商局经调查，认为：(1)汇德公司隐瞒已经进入清算程序的重要事实；(2)在登记材料中提交了非谭正嘉、吕建幕、王晖三人亲笔签字的《山东汇德会计师事务所关于股东转股情况的说明》；(3)《山东汇德会计师事务所有限公司关于股东转股情况的说明》中所提"本所2001年9月5日股东大会通过决议"，经查公司2001年9月5日未召开股东大会。因此，于2004年1月20日向汇德公司下达青工商企注字〔2004〕第1号《责令改正通知书》，于2月3日依据《公司法》〔2004年〕第206条之规定，作出青工商企注字〔2004〕第2号《撤销通知书》，撤销了汇德公司股东变更登记及相关股权变更登记。

汇德公司不服，于2004年2月3日向青岛市中级人民法院提起行政诉讼。一审法院认为，第一，汇德公司的这种股东退股再重新注资的方式虽不规范，但属于公司内部行为。虽然有三名股东当时未在转股情况说明中签字，有一名股东没有在公司新章程中签字，但他们参与公司后续的经营行为和股权变更行为均已证明了上述股权变更以及股东变更登记为他们的真实意思表示。第二，《公司法》(2004年)对于公司清算有着明确具体的规定，被告无权自定标准予以认定。第三，原告在申请股东变更登记时，以"股东转股情况说明""退股声明书"和"股东退资收据"作为股权转让的证明材料，其形式虽不规范，且确实虚构了"2001年9月5日股东大会"，其行为应当承担相应的行政责任，但该行为尚不构成"情节严重"。因此，法院于2004年12月2日依据《行政诉讼法》(1989年)第54条(二)5之规定，判决撤销原具体行政行为。

原审第三人等不服，向山东省人民法院提起上诉。上诉法院认为，第一，汇德公司2001年8月28日股东大会决议是经全体股东一致通过的，是合法有效的决议。其合伙制会计师事务所在尚未获得主管部门批准、相应程序未完成的情况下，汇德公司申请股东变更登记，由王庆和等六人继续经营原有限公司，并承担原有限公司的权利和义务。该行为的实施既未向原全体股东说明情况，又违背8.28股东大会决议。第二，工商局认定，汇德公司隐瞒事实，公司已进入清算程序，尚未清算完毕即进行股东变更登记，并在《转股情况说明》中虚构了"2001年9月5日股东大会通过决议"等事实是存在的，也是正确的。工商机关认定汇德公司"情节严重"，并无不当。因此，上诉法院依据《行政诉讼法》(1989年)第61条第(二)、(三)项之规定，判决撤销一审法院判决，维持青岛市工商局的撤销通知书。

详见，《青岛市工商行政管理局撤销通知书》青工商企注字〔2004〕第2号，《山东省青岛市中级人民法院行政判决书》〔2004〕青行初字第16号，《山东省高级人民法院行政判决书》〔2005〕鲁行终字第16号。

有违法行为,工商行政管理机关应当立案进行调查,对申请材料的真实性、合法性进行实质审查,经查证属实的,可以依法撤销行政许可或作出其他处理决定。故被告的行为不存在超越职权或滥用职权。"这样的辩解能不能被接受呢?

根据《公司登记管理条例》(1994 年)[①]第 24 条规定:"公司申请变更登记,应当向公司登记机关提交下列文件:(一)公司法定代表人签署的变更登记申请书;(二)依照《公司法》作出的变更决议或者决定;(三)公司登记机关要求提交的其他文件。公司变更登记事项涉及修改公司章程的,应当提交修改后的公司章程或者公司章程修正案。"但是,上述法律条款没有明确规定具体行为方式,这就意味着工商机关可以有裁量选择的权力。对于申请公司递交的上述材料,到底是采取形式上的审查,还是实质上的审查,完全可以由工商机关视自己可支配的人力、物力资源、审查的必要性、申请变更事项的性质与重要性等因素裁量决定。无论最后决定采取哪一种方式,应该都是被法律所允许的,都是合法的。这样的权力无疑就是行政裁量,也就是,在法律对行为方式没作明确具体规定时,行政机关有权选择如何作为的具体方式。或者更简洁地说,就是韦德(H. W. R.. Wade)和福赛(C. F. Forsyth)所表述的,行政机关自己有权决定是作为还是不作为,以及怎样作为(Each authority has to decide for itself whether to act or not to act, and how it wishes to act)。[②]

在本案中,被告显然是采取了形式审,但是,却发生了问题。被告工商局没有、可能也无法及时洞察到汇德公司呈送的材料之中存在着某些瑕疵,比如,转股情况说明中 3 名股东没有签名。类似问题在很多工商变更登记案件中都曾发生过,比如北京来福来德科技发展有限公司诉北京市工商行政管理局案。[③]

---

① 该条例根据 2005 年 12 月 18 日《国务院关于修改〈中华人民共和国公司登记管理条例〉的决定》进行了修订。

② Cf. H. W. R. Wade & C. F. Frosyth, *Administrative Law*, Oxford University Press, 2004, p. 35.

③ 原告来福来德公司于 1998 年 4 月 23 日成立,法定代表人马建国,公司注册资本 10 万元。其中股东马建国出资 3 万元,股东戴立盛出资 3 万元,股东杨瑛出资 3 万元,股东叶冠中出资 1 万元。原告于 2000 年 8 月 4 日向被告市工商局申请变更住所、注册资本和经营范围的登记,于 2000 年 8 月 14 日取得公司变更登记。市工商局海淀分局于 2004 年 7 月 9 日对原告涉嫌提交虚假证明文件的行为立案调查。2004 年 7 月 20 日,被告委托市工商局海淀分局对该案进行查处。被告取得了询问笔录、鉴定书、原告公司变更登记申请书、股东会决议、营业执照复印件、公司章程等证据,认定原告在 2000 年 8 月 4 日向被告申请变更住所、注册资本和经营范围的登记时,提交的《公司章程》《公司第一届第二次股东会决议》等文件中股东戴立盛、杨瑛、叶冠中签名的笔迹,不是戴立盛、杨瑛、叶冠中亲笔签名,原告的上述行为,已构成了《公司登记管理条例》(1994 年)第 59 条规定的办理公司登记时提交虚假证明文件的违法行为。2004 年 9 月 9 日,被告就原告涉嫌提交虚假证明文件一案举行了听证会。同年 9 月 20 日,被告依据《公司登记管理条例》(1994 年)第 59 条的规定,对原告处罚如下:1、撤销原告于 2000 年 8 月 14 日取得的公司变更登记。2、罚款 30 000 元。同年 10 月 8 日,原告不服被告作出的行政处罚决定,向国家工商行政管理总局申请行政复议,同年 12 月 27 日,国家工商行政管理总局作出工商复字〔2004〕第 137 号行(见下页)

在我看来，首先，发生这样的问题是很正常的，这是形式审在效率快捷的同时必然伴随的制度缺陷。即使发生问题，裁量权的行使本身也并非不具有正当性，我们只能说，这种权力运行必须建立在相对人诚信的基础上。如果缺少诚信，单从形式上审查，行政机关有时的确很难发现问题，其结果或许会出现裁量决定有误。其次，上述问题不是通常司法审查意义上说的裁量过程（process of discretion）发生的偏差，比如存在目的不适当、不相关考虑，或者裁量的结果显失公正（extremely unfair）。假设裁量过程没有问题，公司呈报的材料中没有明显应当引起工商机关警觉的瑕疵，工商机关也不存在有意地为公司“掩饰”什么瑕疵，那么，我们就不能对行政机关过分的苛求、责备，说他们“失察”“为什么没有及时发现材料中的瑕疵呢”，进而要求他们承担法律后果。我更愿意把这种失误看作是一种制度的代价或副产品。

所以，仅从行为方式的选择这一点上，我同意并接受被告的辩解，在决定是采用形式审还是实质审上，被告没有滥用职权。但是，在本案的审查过程中，对滥用职权的讨论似乎走得更远，也走得太远了。

2. 对行政裁量的误读是怎么发生的？

当有人举报汇德公司呈送的材料虚假时，被告必然要转向实质审，要对有关材料的真实性逐个审查。这原本是没有问题的，但恰好是在这个实质审查的过程中，一审法院认为被告“过度”了。在一审法院法官看来，首先，“本案中，原告公司全体股东一致通过决议，准备组建合伙制会计师事务所并且多数股东已退股，最终合伙制会计师事务所未能组建，而是由准备作为合伙人的 6 位股东续资继续经营原有限公司。这种股东退股再重新注资的方式虽不规范，但应属于公司内部的行为，被告作为行政登记机关，应当尊重私权利的自由处分结果，不应以行政权过多介入。”其次，“《公司法》对于公司清算有着明确具体的规定，被告无权自定标准予以认定。”因此，被告行使行政职权过当，一审法院依据《行政诉讼法》（1989 年）第 54 条（二）5 之规定判决撤销。

有意思的是，一审法院的上述判决却没有得到上诉法院的支持。上诉法院

（接上页）政复议决定，维持被告作出的行政处罚。原告遂于 2005 年 1 月 14 日向海淀区法院提起行政诉讼。海淀区法院认为，市工商局《相关违法行为处罚执行标准》对《公司登记管理条例》（1994 年）第 59 条规定的“办理公司登记时提交虚假证明文件或者采取其他欺诈手段，取得公司登记的，……处 1 万元以上 10 万元以下的罚款”作出了细化，其中第一章第一节第一部分第（二）项第 2 目规定：提交虚假证明文件或隐瞒重要事实二种的，处以 3 万元罚款。因此，本案中，被告在认定原告提交虚假证明文件二种的前提下，对原告作出罚款 3 万元的行政处罚，该处罚适当。此外，被告根据认定的原告提交了两种虚假证明文件，以及该公司的三名股东的签名均为虚假签名的事实，在其权限内裁量确定原告的上述违法行为构成情节严重，撤销原告 2000 年 8 月 14 日取得公司变更登记，未违反公司登记法律、法规的规定，该行为亦无不当。依照《中华人民共和国公司法登记管理条例》（1994 年）第 59 条、《中华人民共和国行政诉讼法》（1989 年）第 54 条第（一）项的规定，判决维持。

认为,汇德公司的行为是否构成“情节严重”,要看事实要件,对此,工商机关也有自由裁量权。“汇德公司申请变更登记时,隐瞒8.28股东大会决议,虚构9.5股东大会;原公司未注销,新合伙所未成立,由王庆和等六人继续经营原有限公司,隐瞒事实真相,工商机关认为其情节严重,并无不当。”

上诉法院在判决书中进一步阐释道:“‘滥用职权’一般有三种情况:一是行政机关的行政行为的目的、动机不当,以权谋私;二是行政机关的行政行为目的、动机正当,但作出的行政行为不符合法定要件;三是行政机关的行政行为目的、动机不当,且行政行为内容违法。本案中,市工商局是根据举报进行监督检查的,是依法行政的表现。目前无证据证明工商机关或其工作人员以权谋私;被诉具体行政行为认定汇德公司在申请变更登记中的行为及性质符合《公司法》第二百零六条的规定;被诉具体行政行为的内容不违反法律规定。因此,市工商局的《撤销通知书》不存在滥用职权的因素。”

上述上诉法院对“滥用职权”的诠释,至少从已有的理论认同上去衡量评判,[①]是不够严谨、准确的。[②] 有意思的是,一审法院和二审法院之间的对话也根本不是发生在上述其所阐述的“滥用职权”界面上,而实际上是关乎汇德公司在申请变更登记时是否隐瞒了有关事实,以及这些瑕疵是否构成了“情节严重”。

换句话说,无论是一审法院说的“过度”,还是二审法院说的“不存在滥用职权”,都只是面上的表象,是通常意义上对“滥用职权”的一种泛化的理解,而不是准确的“滥用职权”的司法内涵,也绝对不是本案问题的实质。因为当我们用“滥用职权”的每一个子标准逐一进行衡量、考量的时候,不难发现被告工商局并没有追求不适当的目的,也没有考虑不相关的因素,撤销通知书也很难说是显失公正。因此,在我看来,上诉法院选择《行政诉讼法》(1989年)第54条(二)5“滥用职权”作为审查的路径与标准,其实是不明智的。上诉人、被上诉人、第三人与法院之间也不应该、也没有必要纠缠于是否存在“滥用职权”问题之上。

---

① 有学者从更加广泛的意义上把“滥用自由裁量权”的表现归纳为:(1)没有自由裁量权而自我授权并行使;(2)不正当的目的;(3)不考虑法律规定应当考虑的因素,或者考虑法律规定不应当考虑的因素;(4)反复无常,相同情况不同对待,不同情况相同对待;(5)显失公正的严厉制裁;(6)不合理迟延或不合法拒绝,形式上是不作为。参见马怀德主编:《司法改革与行政诉讼制度的完善——〈行政诉讼法〉修改建议稿及理由说明书》,340页,北京,中国政法大学出版社,2004。我自己的看法是,“滥用职权”包括:(1)目的不适当;(2)考虑不相关因素或不考虑相关因素;(3)显失公正;(4)对裁量权的不适当拘束。参见余凌云:《行政自由裁量论》,目次,北京,中国人民公安大学出版社,2005。

② 我在其他一些案件的判决中也发现法官对《行政诉讼法》(1989年)第54条(二)5“滥用职权”的阐述是不很一致的。这种“众说纷纭”“莫衷一是”,无疑是一种“病态的症状”,是缺少权威的立法规定和司法解释所致。这从另一个方面也说明,尽快进行司法解释,以及在行政诉讼法修订中补足,“统一思想、步调一致”,是十分必要和迫切的。

本案发生错误的关键，在我看来，实际上是被告工商局在法律规则与案件事实之间“流连回眸”之中发生了错误，是事实认定和权重不准确，进而导致适用法律法规错误。而上诉法院也没有敏锐体察到，犯了跟进的错误。我简要地将我的分析与理由阐述如下：

(1) 被告工商局和二审法院都错把 8.28 股东大会决议考量为本案的关键事实。

青岛市工商行政管理局在《撤销通知书》(青工商企注字〔2004〕第 2 号)中认定，汇德公司于 2002 年 2 月 4 日股东变更登记时，隐瞒公司已经进入清算程序的重要事实，没有按照股东大会于 2001 年通过的《山东汇德会计师事务所股东大会决议》执行。

山东省高级人民法院在二审行政判决书(〔2005〕鲁行终字第 16 号)中认定，“汇德公司 2001 年 8 月 28 日股东大会决议是经全体股东一致通过的，是全体股东的真实意思表示。决议规定的成立合伙所的工作程序及内容正确，且不违反法律规定，是合法有效的决议。其合伙制会计师事务所在尚未获得主管部门批准、相应程序未完成的情况下，汇德公司申请股东变更登记，由王庆和等六人继续经营原有有限公司，并承担原有限公司的权利和义务。该行为的实施既没有向原全体股东说明情况，又违背 8.28 股东大会决议。”

由此可见，上述青岛市工商局作出撤销登记决定，以及山东省高级人民法院二审判决撤销青岛市中级人民法院一审判决的主要事实依据就是汇德公司没有不折不扣地执行 8.28 股东大会决议，隐瞒了这次会议的决议。但是，我认为，8.28 股东大会决议不是本案的关键事实，不能成为撤销登记决定或者一审判决的事实依据。

8.28 股东大会中的主要议定，即成立合伙制会计师事务所的申请没有获得有关部门批准，致使上述股东大会上形成的主要内容事实上无法继续贯彻执行。有关材料显示：2001 年 11 月 26 日山东省注册会计师协会在《关于设立青岛汇德合伙会计师事务所有关问题的函》(〔2001〕鲁会协函 35 号)中原则同意汇德按有关规定改制为合伙所。但是，提出“脱钩改制时青岛市财政局借给山东汇德会计师事务所有限公司款项及相应计提的借款利息，因涉及国有资产的处理，应由青岛市财政局提供该笔资金的处理意见。”青岛市财政局在 2001 年 12 月 13 日《关于山东汇德会计师事务所借款及员工安置有关问题的意见》(青财会〔2001〕74 号)中要求“原有人员的安置费用由事务所负担”“为了确保国有资产安全收回，不同意将应由山东汇德会计师事务所承担的债务改由合伙所承担。”正是因为国有资产如何处理，原有人员如何安置等问题没有谈妥，所以，8.28 股东大会上议定的成立合伙制会计师事务所一事被搁置，有关申请没有获

得有关部门的批准。因此,也就不可能新注册一个合伙制会计师事务所,并注销原有限公司。要求汇德公司必须按照8.28股东大会决议继续执行,事实上是不可能的,也是不合理的。

在本案中,汇德公司要求股东变更登记所基于的事实应当是以下发生的客观事实,这些也是法院应当予以特别注意的事实:

第一,在要求成立合伙制会计师事务所的申请被拒绝批准期间,汇德公司的一般出资人已经或者基本上退出了在汇德公司的股份,并在2002年1月6日之前,均收到汇德公司退还的全部出资或者部分出资款(有关证据见2001年12月28日汇德公司一般出资人股东亲自签收的《退资收据》)。汇德公司注册资本也下降至30万元。同时也意味着上述一般股东已经完全退出汇德公司,不再具有股东的身份。上述一般出资人退股是其自愿行为;成立合伙制会计师事务所也是按照计划运行的,只是非汇德公司单方的原因未获得有关部门批准。因此,从上述事实看,不存在欺瞒一般出资人退股的问题。

第二,2002年1月6日、7日,王庆和、牟敦潭等六名股东签署了《汇德有限公司股东退出其全部或部分出资后公司的实收资本(总股本)和股权结构情况》和《股东会决议》,决定由现有上述六名股东以其应分利润转为实收资本,使公司继续保持注册资本200万元人民币。上述方案的改变是由于合伙制会计师事务所未获批准,一般出资人又已退股的情况作出的,属于公司内部民事行为。而且,实质上也不违反8.28股东大会上议定的、同时也在24名一般出资人签署的《退股声明书》中声明的"作为有限公司的一般出资人,退出在有限公司的股份,汇德会计师事务所的注册资本全部由发起人出资"的内容。

正是因为一般出资人已经自愿退股,由六名股东继续经营汇德公司并不实质违反8.28股东大会关于"汇德会计师事务所的注册资本全部由发起人出资"的协定,所以,汇德公司才要求股东变更登记。这种变更登记也才能为法律所容许。

(2) 被告、二审法院臆测了汇德公司进入清算程序。

青岛市工商局作出撤销决定的另一个重要理由就是"汇德公司于2002年2月4日股东变更登记时,隐瞒公司已经进入清算程序的重要事实"。二审判决确定了上述认定。但是,一审判决则认为,"《公司法》对于公司清算有着明确具体的规定,被告无权自定标准予以认定。"我支持一审判决的判断。

本案中,汇德公司管理委员会(董事会)于2001年9月28日一致通过了"1998年12月—2001年9月30日期间的净资产分配意见"。一般出资人据此进行了退股活动。上述行为只能表明汇德公司在组织实施8.28股东大会上议定的一般出资人退股的协定,不能算是《公司法》(2004年)第八章规定的清算。

理由是：

第一，《公司法》(2004 年)第 193 条规定："清算组在清算期间行使下列职权：(一)清理公司财产，分别编制资产负债表和财产清单；(二)通知或者公告债权人；(三)处理与清算有关的公司未了结的业务；(四)清缴所欠税款；(五)清理债权、债务；(六)处理公司清偿债务后的剩余财产；(七)代表公司参与民事诉讼活动。"但是，在这期间并没有证据表明汇德公司实施了上述活动，汇德公司仍然正常营业。

第二，也没有证据表明汇德公司进入了《公司法》(2004 年)第 194 条至第 197 条规定的程序环节。[①]

因此，被告没有严格依据上述法律规定的标准去判断汇德公司是否进入清算程序，二审法院的判断也同样缺失事实根据，以此来支撑其认定"汇德公司隐瞒事实""情节严重"的决定或判决显然也是不成立的。

(3) 本案不构成"情节严重"

《公司法》(2004 年)第 206 条规定的"情节严重"属于行政法上的不确定法律概念。对于什么算是"情节严重"？行政机关不能任意武断地解释，必须要有充分的事实根据，而且必须接受法院的司法审查。

汇德公司在申请办理股东变更登记时，其所提交的申请材料从形式上基本符合《公司登记管理条例》(1994 年)第 24 条规定，青岛市工商局经过形式审查，认定其符合股东变更登记要求，遂作出相应的批准决定。

后来由于原股东举报，青岛市工商局经过调查，才发现上述提交的材料有

---

① 《公司法》(2004 年)第 194 条规定："清算组应当自成立之日起十日内通知债权人，并于六十日内在报纸上至少公告三次。债权人应当自接到通知书之日起三十日内，未接到通知书的自第一次公告之日起九十日内，向清算组申报其债权。

债权人申报其债权，应当说明债权的有关事项，并提供证明材料。清算组应当对债权进行登记。"

第 195 条规定："清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后，应当制定清算方案，并报股东会或者有关主管机关确认。

公司财产能够清偿公司债务的，分别支付清算费用、职工工资和劳动保险费用，缴纳所欠税款，清偿公司债务。

公司财产按前款规定清偿后的剩余财产，有限责任公司按照股东的出资比例分配，股份有限公司按照股东持有的股份比例分配。

清算期间，公司不得开展新的经营活动。公司财产在未按第二款的规定清偿前，不得分配给股东。"

第 196 条规定："因公司解散而清算，清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后，发现公司财产不足清偿债务的，应当立即向人民法院申请宣告破产。

公司经人民法院裁定宣告破产后，清算组应当将清算事务移交给人民法院。"

第 197 条规定："公司清算结束后，清算组应当制作清算报告，报股东会或者有关主管机关确认，并报送公司登记机关，申请注销公司登记，公告公司终止。不申请注销公司登记的，由公司登记机关吊销其公司营业执照，并予以公告。"

一定瑕疵,比如,《转股情况说明》中三名股东没有签名,公司新章程未经过全体股东签字,虚构了"2001 年 9 月 5 日股东大会"。但是,青岛市工商局就应当依据《公司法》(2004 年)第 206 条规定,进一步查实上述瑕疵的造成是否是欺诈或者隐瞒所致,是否属于情节严重。正如青岛市中级人民法院在一审行政判决书(〔2004〕青行初字第 16 号)中指出的,尽管有三名股东没有签名,但是他们后来都参与了公司的后续经营行为以及股权变更行为,说明其认可上述材料是其真实意志的表示,不存在受欺诈或者被隐瞒等问题。至于虚构"2001 年 9 月 5 日股东大会"这一事实,并不能实质性影响《股东转股情况的说明》的真实性,因为在出具该说明之前,一般出资人退股、六名股东用本公司未分配利润转增股本等行为已经完成,上述《股东转股情况的说明》只是确认了上述退股与购股的事实。因此,上述在申请股东变更登记的材料中存在形式上瑕疵的问题,不足以构成《公司法》(2004 年)第 206 条规定的"情节严重"。

3. 发现事实和适用标准中不存在裁量问题

从以上分析可以看到,被告和上诉法院主要是在发现事实(the finding of facts)以及将确定的标准适用到事实上(the application of settled standards to the facts)这两个环节上发生了偏差。也就是说,它们都错把 8.28 股东大会决议考量为本案的关键事实,在诸多关联事实之间的判断、取舍与权重上发生了错误;而且,没有严格地将《公司法》(2004 年)规定的清算标准适用到案件事实中,作出正确的判断。

的确,在这两个环节之中,行政机关也存在着判断(judgement)和抉择(choice)的问题,但是,与伽利根(D. J. Galligan)不同,我不主张因此将行政裁量泛化到这些环节之上。在"事实"问题上,即使是在英国,传统上也一直是当作"管辖事实"(jurisdictional fact)或者"先例事实"(precedent fact)来处理的。[①]对于"情节严重"这一不确定法律概念(undefined legal or statutory concepts),尽管行政机关有一定的"判断余地",但是,在我看来,仍然是属于将确定的标准适用到事实上这一环节,不是行政裁量本身。[②]

当然,我也注意到有学者提出的观点,即在哈贝马斯交往行为理论的基础

---

① "管辖事实"和"先例事实"有些微差别,但这种差别很难清晰划分。Cf. Michael Supperstone QC & James Goudie QC, *Judicial Review*, Butterworths, 1997, p. 4. 36. 英国学者克莱格(P. P. Craig)在其著作中提到,对于因误解或者忽视既有和相关的证据而作出的行政决定,当事人可以要求司法审查(Judicial review was available where the decision was based on misunderstanding or ignorance of an established and relevant fact)。但克莱格是将这些问题放在管辖问题(jurisdiction)而不是裁量问题上来考察。Cf. P. P. Craig, *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, 2003, p. 505.

② 参见余凌云:《行政自由裁量论》,23~37 页,北京,中国人民公安大学出版社,2005。

上，以对话模式来替代传统行政裁量权研究中的权力模式，提倡一种行政法的多元主义，从多学科、多层面的角度对行政裁量进行再认识，由此得出结论——“行政裁量权贯穿于行政权的行使过程，而且裁量的程度在不同的情形下各不相同，千差万别。”[①]我必须承认，这种具有冲击力的认识对我很有触动。或许是过于保守、过于谨慎(?)，在理论的创新过程中，我始终是小心翼翼，不轻易对传统制度框架，尤其是行政诉讼结构做“翻天覆地”的变革。打破一个“旧世界”之后，我们是否善于建设一个“新世界”呢？因此，我仍然还想坚守原来的立场，理由是：

第一，在事实的发现环节上，我们已经形成了一套司法审查的技术，比如，在比较专业、技术性的事实认定上，对行政机关的判断相对容忍、尊重。因为行政官员是专家，且与案件的当事人直接接触，更适于对事实状况进行评估((Public body) is better equipped to evaluate the fact situation because of its expertise and immediate contact with the parties involved in the decision)。[②]同样，我们已有诸多的法律解释技术，足以控制行政机关在将确定的标准适用到事实过程中不至于发生失范。两者在《行政诉讼法》(1989 年)第 54 条中都有相应的规定，即第 54 条(一)、(二)1、2 中的证据是否确凿、法律法规适用是否正确。确认这些环节之中有裁量因素，将对裁量的控制技术引入进来，是否有此必要？是否会发生效果上的“叠床架屋”或者内在的审查技术不相契合等问题？不无疑惑。

第二，我也注意到一种最新的研究动向与趣味，就是从行政裁量的控制角度去统和与裁量有关的各个因素与环节，以便对行政裁量能够有一个完整的控制链条。[③] 这种以裁量为红线的思考问题方法不为过，而且必要，但是，统和是为了从行政过程论角度完整、全面地对待与处理行政裁量问题，却不是、也不应该就此将裁量元素扩大到整个链条的各个环节，把过程论划过的所有痕迹都变为裁量。

像所有行政行为一样，发动行政裁量权的前提，是行政机关正确发现和确认“管辖事实”的存在。这是行政机关行使行政裁量的基本“情境”

---

① 参见徐文星：《行政裁量权的语义分析——兼与余凌云教授商榷》，http://www.chinalawedu.com/news/2005%5C12%5Cma61337494162215OO214288.html，访问时间：2006 年 1 月 3 日。

② Cf. Jurgen Schwarze, *Administrative Law under European Influence*, London. Sweet & Maxwell, 1996, p. 277.

③ 刘宗德教授有一段很值得注意的评说，他说：“严格而言，事实之误认本非为裁量界限之问题而应为‘事实问题’，须受法院之全面审查；然因事实之认定屡屡伴随‘评价’，该一事实之评价是否适当与裁量问题有密切关联，故学说与判例向来皆将事实之误认视为裁量统制之一基准。”参见刘宗德：《行政法基本原理》，139 页，台北，学林文化事业有限公司，1998。

(circumstances)与条件(conditions)。如果“管辖事实”不存在,或者事实认定有误,那么,就很难断言行政裁量会是正确的。可是,正像我在有的地方已经表述过的,“(我们不能)把树木当成果实,果实就是果实,尽管它是在树上结起来的,但决不能因为树木结出了果实,就把树木当成果实的一部分。但是,如果我们要弄清果实到底长得怎么样?为什么不甜或不大?可能就要从树,甚至周围的土壤去分析、去查去。”①

假若你一定要说“树木”就是“果实”(“土壤”之中有“果实”),就像我们用有没有判断、选择的元素去统和事实认定、法律适用,进而认定它们也有裁量问题,那么,我们怎么去区别和解释“树木”(法律适用)、“土壤”(事实认定)与“果实”(行政裁量)。反过来想,假如我们仍然保留事实问题、法律问题与裁量问题,保留这一链条中的各个环节原有的属性与品质,各自为政,环节性的各自统和,恐怕也不至于会影响到对行政裁量的整体控制效果。

当然,这个问题很复杂,有的时候,事实认定或者法律适用上出现的问题,是与追求不适当目的或者不相关考虑有着内在的关联性,是后者催化的产物,或者说是在后者因素的牵引下故意去裁剪事实、曲解法律的结果。甚至有的时候,前者与后者很难剥离得开,比如考虑不相关因素就是外在体现为对事实的有意取舍。在这种情况下,我们可以说,这是裁量问题。但是,并不因此就可以将裁量扩大到所有的事实认定或者法律适用上。

三、回避是为了寻求更为客观的依据?

还有一个很值得玩味的案件就是尹建庭不服株洲市教育局限制聘用案(以下简称“尹建庭案”)。在该案中,中学教师尹建庭因为在他撰写的《入学教育课》论文以及《人世老枪》一书中,曾提出“读书为挣大钱娶美女”的观点和言论,并向学生推销其作品,被株洲市教育局查处,于2000年8月31日下发了株教通字〔2001〕60号《关于查处向学生推销〈人世老枪〉问题的情况通报》,作出了“株洲市(含五县市区)内所有学校不聘用尹建庭当教师”的处理意见。②

那么,仅仅因为尹建庭的言语失当,市教育局就要求所有学校都不得聘用

① 参见余凌云:《行政自由裁量论》,36～37页,北京,中国人民公安大学出版社,2005。余凌云:《对行政自由裁量概念的再思考》,载《法制与社会发展》,2002(4)。

② 参见罗晟海:《株洲中院判决市教育局“限制聘用一案”撤销违法决定》,http://www.op800.com/law/info/case/xzal/200431292211.htm,访问时间:2007年1月3日。

尹建庭，对其宪法上工作的权利进行一定地域上的限制，和职业上的剥夺，是否过于严厉？是否涉嫌“滥用职权”？

有意思的是，法院并没有循着《行政诉讼法》（1989年）第54条（二）5“滥用职权”的审查路径去审判，而是援用了其上一目的“超越职权”（《行政诉讼法》（1989年）第54条（二）4）。法院巧妙地引用了《教师法》（1994年）第17条之规定：“学校和其他教育机构应当逐步实行教师聘任制。教师的聘任应当遵循双方地位平等的原则，由学校和教师签订聘任合同，明确规定双方的权利、义务和责任”，认为教师的聘与不聘问题，是通过契约的方式由学校与教师之间合意解决，教育主管部门不能“手伸得太长”，被告以行政命令的方式，对原告尹建庭的受聘权进行限制，超越了行政职权。该案最终以尹建庭胜诉、并实际上被当地所有学校排斥出局而告终。尽管它早已尘埃落定，却依旧余音缭绕，让人回味无穷。值得反思的地方实在太多了，比如，原告的失落，让我们必须直面法院判决的实际效应问题。但“言归正传”，还是让我们继续思考法院的审查进路吧。

1. 为何不循比例原则的审判路径？

诚然，像有学者所分析的那样，被告教育局的处理意见违反了比例原则，“在本案中，即使株洲市教育局是出于良好的动机和维护公共利益的目的做出处分，但是由于其手段和目的之间的不合理和不适度关系，其行政裁量的合法性便受到了置疑，构成了‘瑕疵裁量’，而需要由司法机关来予以审查。”①但是，为什么法院在实际审判中没有“答这个茬”，我分析，很大的原因是因为比例原则无论在行政诉讼法和有关司法解释中迄今“遥无踪影”，尚未变为具体的、可操作的审查标准。在缺少判例法传统的司法审判体制与运行模式下，法官不能、也不敢擅自独辟蹊径。

或许有人会提醒我，在我国行政审判实践中实际上已出现了在《行政诉讼法》（1989年）第54条（四）“显失公正”中阐述比例原则思想的判案，比如，汇丰实业公司诉哈尔滨市规划局案，法院采取的就是类似于荷兹（K. Hesse）所建议的可行性协调原则，②在拆除违章建筑中，既要实现行政机关的执法目的，“不遮挡中央大街保护建筑新华书店（原外文书店）顶部”，又不能让当事人付出过多

---

① 参见吴亮：《从公法角度对尹建庭案的初步探索》，http:// www. chinalawinfo. com/xin/disxwpl. asp? code1=238&mark=3678，访问时间：2007年1月3日。

② Cited from Jurgen Schwarze, *European Administrative Law*, Office for Official Publications of the European Communities and Sweet & Maxwell, 1992, p. 690.

的代价,从而达到双赢的效果。[①] 但是,要采取类似这样的判案进路,在尹建庭案中,法院还是会有顾虑。道理也很简单,汇丰实业公司诉哈尔滨市规划局案关乎行政处罚显失公正问题,而尹建庭案只涉及教育局处理意见不当问题,后者无法直接援引《行政诉讼法》(1989 年)第 54 条(四)"(行政处罚)显失公正"。

其实,照理来说,"显失公正"本来就应该是《行政诉讼法》(1989 年)第 54 条(二)5"滥用职权"中的一个子标准,任何行政行为都可能存在是否"显失公正"的问题,因此,从理论上说,法院完全有理由援用《行政诉讼法》(1989 年)第 54 条(二)5"滥用职权"对尹建庭案进行"显失公正"的审查,借机引入比例原则。但是,正像我在别的地方阐述过的,《行政诉讼法》(1989 年)将"显失公正"独立出来,有单独勾连行政处罚——变更判决的立法意图,但却很容易造成法官一个固定思维,以为"显失公正"与"滥用职权"并列,只能适用于行政处罚,不及其他,进而桎梏法官审判,束缚其手脚。[②]

2. "转换型"审查策略

因为上述分析的原因,法院回避了"滥用职权"的审查路径,而是从教师聘用制度入手,审查被告教育局是否有权干涉,并得出被告"超越职权"的结论。法院转而援用《行政诉讼法》(1989 年)第 54 条(二)4"超越职权"进行判决,毫无疑问,是为了从更加客观、直观的层面上加重其判决的权威性与正当性。而且,从实际效果上看,也很奏效。至少从媒体报道的情况看,本案的判决得到了原告、被告和公众、媒体的认可与普遍接受,判决之后,没有上诉。我也没有在网上搜索到一个对上述判决持异议的报道或文章。

这种向更加客观的审查标准"转移"的审查策略(我姑且称之为"'转换型'审查策略"),在对涉及行政裁量的案件审查中被广泛地运用。"转换"可以发生在对行政裁量的实质性审查标准体系内部,比如,目的不适当与相关考虑之间;更多的情况下,很可能发生在体系外部,与其他审查标准体系之间发生勾连,比如,对相关考虑的审查,有的时候可能会跨越到有没有说明理由的程序违法审查。[③] 又比如,由于目的或动机不适当有的时候也的确会外在地表现是一种违法的形态,假如能够发现行政机关的行为外在地违法,那么,正像雷桐勒(M.

① 参见胡锦光主编:《中国十大行政法案例评析》,162～192 页,北京,法律出版社,2005。

② 参见余凌云:《行政诉讼上的显失公正与变更判决——对行政诉讼法第 54 条(四)的批判性思考》,载《法商研究》,2005(5)。

③ 参见余凌云:《论对行政裁量相关考虑的审查》,载《中外法学》,2003(6)。

Letourneur)指出的，法院通常会选择违法(*violation de la loi*)的审查标准，因为这比较客观。[①]

在我看来，之所以会发生审查标准向外部的“转移”，从行政过程论上讲，是因为各个行政环节与裁量过程之间有着内在的合作或牵连关系，共同构成一个行为的“场”。其中一个裁量过程环节发生问题，很可能只是一种“症状”，是因为与其关联的其他环节首先发生问题所导致的；或者，也可能会将结果波及与之关联的这些(个)环节。也就是说，它们之间有着因果关系，或者形式与内容的关系。另一方面，“转换型”审查技术的频频运用，也从某种程度上说明，对行政裁量的实质性审查标准的确是不太容易掌握和运用的技术，至少是和外部其他审查标准相比而言，是这样的。

但不管怎么说，从直观上看，后一种向外部的“转移”显然会使法院直接运用《行政诉讼法》(1989 年)第 54 条(二)5“滥用职权”判案的情况减少。

然而，在我看来，尹建庭案的判决却是有问题的。在该案中，法院显然是把学校与教师之间的聘用看作一种纯粹的民事活动，签订的是民事合同，行政机关运用公权力过分干预也就不那么恰当、不甚应该。在公立学校，学校与教师之间就是否聘用、聘到何种教学岗位、职责岗位要求有哪些等问题达成的协议，涉及公共资金使用是否合理、是否公平对待所有求职者等公益问题，绝对不是、也不应该像私立学校那样完全取决于当事人意思自治，公立学校的聘用权应当受到公法的一定约束，因此，由此形成的聘用协议更像是行政契约，而不是普通的民事合同(雇佣合同)。[②] 假如我的判断没有错，那么本案中教育局给辖区内的所有公立学校(中学)下达“不聘用尹建庭当教师”指示，应该算是一种行政政策，也是通过政策对辖区内所有公立学校进行的指导。这在行政契约理论中应当是允许的，也不存在什么“超越职权”，“狗拿耗子，多管闲事”的问题。“转换型”审查策略在本案中运用得就显得不那么成功。

我更关注的问题是，在涉及行政裁量案件的审查中，不管是采取“转换型”还是其他什么审查策略，是不是法官只要找出一个足以导致行政行为被撤销的违法情形，就可以终结审查，就手作出判决？还是说，法官应当逐个找出涉案的每一个违法情形？倘若是后一种要求，那么，法官有意持回避的态度会受到批判、也是徒劳的，被广泛称道的“转换型”审查策略也将遭受阻击

① Cf. L. Neville Brown & John Bell, *French Administrative Law*, Clarendon Press, 1993, p. 250.

② 关于行政契约的判断标准，尤其是与民事合同之间的区别，参见余凌云：《行政契约论》(第二版)，北京，中国人民大学出版社，2006，第一编“行政契约的含义”。

与挑战。

首先,简单“挑出刺”的方法,毫无疑问,能够节约法官的审查成本。但是,在被告执行判决时却可能会出现校正目标不明确、需要自己再仔细斟酌的问题。而挨个找出所有违法情形,然后宣判,能够强化明确被告执行判决的目标,对原告也是有实益的。当然,这会增加法官的审查成本。这个问题究竟如何解决为好,从深层次讲,与行政诉讼制度是采取“全面审”还是“不告不理”原则、是“侧重对行政权的监督”还是“侧重对相对人合法权益保障”有着密切关系。我本人更倾向于赞成挨个审查的原则。

其次,即便我们接受挨个审查的观点,也并不意味着必然会否定行政裁量审查中的“转换型”审查策略。我以为,这只是要求我们要进一步限定其适用的条件。也就是说,(1)在现有审查体系架构之下,对行政裁量的直接的实质性审查会遇到不可克服的法律障碍,或者成本很高。(2)从不从“滥用职权”审查进路进行审查,最终的校正效果是一样的。[①] 只有符合上述条件,才可以考虑采用“转换型”审查策略,合法回避裁量上可能存在的难题。

四、司法权过度地侵犯了行政裁量权?

可以说,引起媒体与学界强烈关注的凯立高速路建设股份有限公司诉中国证监会案(以下简称“凯立案”)是关涉对行政裁量的司法干预边际的一个典型

① 比如宋某申请撤销劳动教养决定案,某部门组织执法人员对非法生产、销售、储存易燃易爆物品的场所进行检查。检查中发现宋某及其妻子正在家中包装鞭炮,执法人员当场提出处理意见,要求其自行销毁,并签订了保证书。随后,对宋某进行传唤,宋某及其家人认为不该对宋某进行传唤,并与执法人员发生纠纷和拉扯,拉扯中宋某之父将执法人员王某的扣子扯掉。有关部门经审查后认为,纠纷中宋某之父殴打执法人员王某已构成违法,因此,对宋某之父作出劳动教养一年六个月的决定。宋某之父不服,依法向复议机关申请行政复议。复议机关经审理查明,主任和在场多位群众的证词以及法医鉴定报告表明,宋某之父在纠纷中并未对执法人员王某进行殴打,而且在事后曾上门向王某赔礼道歉。因此,复议机关以认定事实不清,证据不充分,根据《中华人民共和国行政复议法》(1999 年)第 28 条第 1 款第 3 项第 1 目和第 4 目的规定,撤销了劳动教养决定。http://www.whfzb.gov.cn/ReadNews.asp? NewsID=756。访问日期:2006 年 1 月 8 日。该案或许像评析中说的,“执法人员王某在纠纷中受到轻微伤害而产生不理智情绪和报复心理,利用职权致使宋某之父被劳教,是滥用职权的表现。”但是,我们从原始案例中没有找到能够直接支持这样推论的情节或证据。在我看来,单从“事实不清”进路去审查,查明没有证据证明当事人曾殴打执法人员,就可以依据《行政复议法》(1999 年)第 28 条第 1 款(三)1“主要事实不清、证据不足”作出撤销决定。援不援用《行政复议法》(1999 年)第 28 条第 1 款(三)4“超越或者滥用职权”,问题都不大,校正的效果是相同的。

案例。[①] 围绕着凯立案的讨论是多方面、多视角的，包括凯立公司 1995—1997 年度的利润数据是否虚假的事实认定、“退回材料”是否构成程序瑕疵等等，但是，结合我们正在讨论的问题，在这里，我们仅就其中一个很重要的争论点进行思考。

二审法院认为：“凯立公司的财务资料所反映的利润是否客观真实，关键在于其是否符合国家统一的企业会计制度。中国证监会在审查中发现有疑问的

① 凯立高速路建设股份有限公司（以下简称凯立公司）是 1994 年底由海南长江旅业公司等六家企业发起成立的股份有限公司。为修建海南省中线高速公路，凯立公司拟通过公开发行股票而筹集建设资金。经过国家民委推荐、海南证管办同意，凯立公司被列入 1997 年度海南股票发行计划，并于 1998 年 6 月向中国证监会上报了 A 股发行申请材料。一年之后，凯立公司收到了国务院有关部门转送的中国证监会《关于海南凯立公司上述问题有关情况的报告》，即证监发〔1999〕39 号文，称凯立公司 97％的利润虚假，严重违反《公司法》，不符合发行上市的条件，决定取消其发行股票的资格。由于该文件仅系证监会内部文件，故中国证监会又在 2000 年 4 月以办公厅的名义作出《关于退回海南凯立中部开发建设股份有限公司 A 股发行预选材料的函》（证监办函〔2000〕50 号文，以下简称 50 号文），认定凯立公司“发行预选材料前三年财务会计资料不实，不符合上市的有关规定。经研究决定退回其 A 股发行预选申报材料”。

2000 年 7 月，凯立公司就上述两个文件的结论起诉中国证监会，请求法院：（1）撤销被告作出的原告申报材料前三年会计资料不实，97％利润虚假的错误结论；（2）撤销被告作出的取消原告 A 股发行资格并进而退回预选申报材料的决定；（3）判令被告恢复并依法履行对原告股票发行上市申请的审查和审批程序。

2000 年 12 月 18 日北京市第一中级人民法院主要关注证监会对凯立的发行申请进行审核所实施的预选程序。法院依据《证券法》（1999 年）、《股票发行与交易管理暂行条例》（1993 年）以及《中国证监会股票发行核准程序》（2000 年），认定证监会退回申报材料的行为缺乏法律依据，作出一审判决：（1）被告中国证监会退回凯立公司预选材料的行为违法；（2）责令被告恢复对凯立公司股票发行的核准程序，并在判决生效之后的两个月内作出决定；（3）驳回凯立公司的其他诉讼请求。一审法院的理由是：有关法律规范（1999 年生效的《证券法》和 2000 年生效的《中国证监会股票发行核准程序》）“均未规定不予核准的，可以退回法律申报材料。故被告作出的退回原告申报材料的行为，缺乏法律依据。且由于被告的退回行为是在上述法律规范生效之后作出的，按照有关溯及力的规定，被告的审批行为亦应适用并符合生效的法定程序。被告称其退回行为系依照旧有的程序规范作出的，缺乏事实依据和法律依据，本院应确认该退回行为违法，由被告予以重作”。

二审过程中，法院承认争议的核心是凯立财务资料的真实性问题，因此，它对证监会行政行为合法性的审查主要集中在证监会对财务资料真实性的认定方式是否适当的问题上。2001 年 7 月 5 日二审法院作出了终审判决：驳回上诉，维持一审判决。二审法院经过审理，认为：（1）50 号文认定事实的证据不充分。二审法院认为：“凯立公司的财务资料所反映的利润是否客观真实，关键在于其是否符合国家统一的企业会计制度。中国证监会在审查中发现有疑问的应当委托有关主管部门或者专业机构对其财务资料依照‘公司、企业会计核算的特别规定’进行审查确认。中国证监会在未经专业部门审查确认的情况下作出的证监办函〔2000〕50 号文，认定事实证据不充分。”（2）退回行为违法。法院认为凯立公司应当适用核准程序。而按照该核准程序，中国证监会应当作出核准或者不予核准的决定，从而中国证监会 50 号文退回其预选申报材料的行为违法。一审法院要求其限期重作是正确的。（3）39 号文属于行政机关的内部行为，其内容已经被 50 号文所涵盖，因此，一审判决驳回诉讼请求是恰当的。

引自刘燕：《走下“自由裁量权”的神坛——重新解读凯立案及“自由裁量权”之争》，其中的附录《凯立案及自由裁量权之争概要》，http://article.chinalawinfo.com/article/user/article_display.asp?ArticleID=21745。以及《凯立挑战证监会》，http://pinshi.vip.sina.com/finance/ziliao/kaili.htm，访问时间：2006 年 1 月 1 日。

应当委托有关主管部门或者专业机构对其财务资料依照'公司、企业会计核算的特别规定'进行审查确认。中国证监会在未经专业部门审查确认的情况下作出的证监办函〔2000〕50号文,认定事实证据不充分。”

此言一出,立刻引起轩然大波,受到一些学者的批判,被质疑为“司法侵犯行政机关的自由裁量权”。因为,《证券法》(1999年)将会计资料真实性的认定权赋予了中国证监会,但是,以何种方法作出这种认定,在法律法规没有规定的情况下,应当是中国证监会的自由裁量范围。二审判决要求证监会根据相关机构的审查确认结果作出判断,从而规定了中国证监会作出此种认定的方法,这种干涉是没有法律依据的。[①]

学者的上述批判也让有的学者不无担忧,“在凯立案中,法官刻意避免直接挑战行政机关的结论,仅仅要求行政机关在对专业问题进行判断时听取专业人士的意见。如果这样一个看上去完全符合常理的判决还可以被指称为'侵犯行政机关自由裁量权',或者'逾越了司法权的界限',那么行政诉讼本身的生存空间恐怕也不令人乐观了。”[②]

我却基本赞成批判者的观点。《证券法》(1999年)将会计资料真实性的认定权赋予中国证监会,却没有更进一步规定具体的操作方式与程序要求,那么就应该由证监会自己来裁量。作为专业的监督机关,证监会完全可以根据涉案的会计资料真实性认定的工作量大小、难易程度、可支配的人力与物力以及案件的社会影响程度等因素裁量,或者由自己来认定,当然也可以考虑委托其他专业机构认定。但是,法院却在判决书中,把中国证监会“应当委托”、但却没有“委托有关主管部门或者专业机构对其财务资料依照'公司、企业会计核算的特别规定'进行审查确认”作为一个瑕疵提出来,这无疑会对证监会以后的工作程序产生制度性效应。也就是说,今后,凡是遇到会计核算等技术性问题,证监会都无权自己判断,都必须委托专业机关。否则,一旦诉诸法院,就极可能重蹈“凯立案”之覆辙。这种可以预见的司法后果,实际上就构成了对证监会今后行使这方面的行政裁量权的“紧身衣”(strait waistcoat),其别无选择,只能按照法院判决规定的路径行进。

---

① 参见彭冰:《重新审视海南凯立状告中国证监会》,载《法制日报》,2001-07-25。薛莉、张鸣飞:《“凯立案”挑战证券监管体制、现有法律漏洞应及时补上》,载《上海证券报》,2001-08-30。转引自刘燕:《走下“自由裁量权”的神坛——重新解读凯立案及“自由裁量权”之争》,尤其是其中的附录《凯立案及自由裁量权之争概要》,http://article.chinalawinfo.com/article/user/article_display.asp?ArticleID=21745,访问时间:2006年1月1日。

② 参见刘燕:《走下“自由裁量权”的神坛——重新解读凯立案及“自由裁量权”之争》,载《中外法学》,2002(5)。

然而,这实际上是在为证监会选择行为的具体方式,用法院认为哪种行为方式是最好的来代替证监会的判断。这无疑已经突破了宪政框架下法院本身应该扮演的角色,从本来应该固守的合法性审查(review of legality)不应该地跨越到了优劣性审查(review of merits),法院变成了证监会的上级主管机关,而不是单纯的纠纷裁判机关。这种不良后果才是"带来了比其解决的问题更大的问题",才是二审法院判决在行政法学者看来是真正成为问题的地方。为什么呢?

首先,因为分权的缘故,以及立法机关授予行政机关自由裁量权就是基于后者专业、技术能力能够胜任等因素考虑,法院对行政裁量的审查一般仅限于查明裁量过程(process of discretion)有没有发生偏差,比如,有没有追求不适当目的、相关考虑有没有出问题、裁量结果是否显失公正,或者手段与目的之间是否失去了比例,等等。所有这些审查标准都是为了"控制航向"(steering the course),使行政机关对裁量权的行使不偏离立法授权目的,而绝对不是要"越庖代俎",更不是要法院去对行政机关决定的行为方式是否优劣(merits)进行"评头论足"。这是分权主义要求法院必须遵守的干预界限。除非法院严守其权力的边际,否则,法院就是借控制(行政机关)滥用权力之名,行篡权夺位之实(Unless that restriction on the power of the court is observed, the court will, under the guise of preventing the abuse of power, be itself guilty of usurping power)。①

其次,二审法院"大胆地向前跨了一步",非但没有解决好问题,没能形成良好的制度效应,相反,却进一步激化了原本因为会计的最终话语权问题不清就存在着的证监会、会计主管部门、会计专业机构之间的权力角逐。② 使得二审法院的判决成为众矢之的,不能为方方面面所接受。凯立案二审判决带来的上述消极后果,恰好反过来进一步说明了,为什么在宪政体制下法院的能力,无论是宪法能力(constitutional competence)还是制度能力(institutional competence),都应该是有限的。③

---

① Cf. Michael Supperstone QC & James Goudie QC, *Judicial Review*, Butterworths, 1997, p. 3. 2.

② 有学者分析认为,在财务资料的最终评价问题上,证监会、会计主管部门、会计专业机构之间的权力/权利格局到底应当如何配置始终不明朗,凯立案二审法院要求证监会将有疑问的会计资料交会计主管部门或专业机构审查确认,俨然是对立法上尚不明晰的权力格局作出了某种偏向于会计(专业)部门的安排,一下子引爆了这颗定时炸弹,由此而引发的强烈反弹基本上都是从证券监管的角度进行的,且根本无法平息。参见刘燕:《走下"自由裁量权"的神坛——重新解读凯立案及"自由裁量权"之争》,载《中外法学》,2002(5)。在我看来,或许这种分析是很有道理的,但却不应该是从行政法学上真正关注与批判凯立案二审判决的关键之所在,只是一个很好的注释,解释了为什么法院不宜对行政机关应该采取什么样的具体行为方式"指手画脚"。

③ Cf. Jeffrey Jowell, "*Of Vires and Vaccums: The Constitutional Context of Judicial Review*" (1999) *Public Law* 451-452.

因此,正像有学者分析的那样,“鉴于原被告之间证据的悬殊对比,法官很自然地得出结论:证监会认定凯立公司财务数据虚假缺乏足够的证据。如果法院直接据此而判决,凯立案可能也就顺利结案了,证监会将需要重新对凯立的股票发行文件进行审核。最终结果很可能是:证监会在认真而审慎地研究了会计技术问题,特别是在与财政部就会计规则的选择和适用问题交换意见后,以滥用会计规则,财务数据不实的理由,拒绝给予凯立上市融资的通行证。然而,二审法院多走了一步,对证监会的工作程序提出了改进建议,从而‘带来了比其解决的问题更大的问题’。”①

的确,二审法院的判决也真要让我们担忧了,但更有意义的是,该案引起了我们对行政诉讼制度层面内在缺陷的足够警觉,促使我们去进一步认真反思。在我看来,二审法院发生的失误恐怕只是一个表象,深层次的“病灶”很可能出在我们对司法干预的边际和深度的制度设计上,这方面原本就存在着边际不甚明了的问题。

比如,《行政诉讼法》(1989 年)第 54 条(四)规定的“变更判决”,最高人民法院“关于执行《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的解释”(2000 年)第 58 条、第 59 条规定的“责令被诉行政机关采取相应的补救措施”、第 60 条规定的“限定重新作出具体行政行为的期限”,②毫无疑问,都是为了增加行政审判效益,实现诉讼的经济原则,包括节约诉讼成本,及时回应原告的诉求;同时,也是面对诸多行政权监控系统缺失或疲软的情况下由法院不得已而“单兵突进”的结果。从实践的效果看,也不可以说完全没有成效。因为原告的诉讼预期普遍不高,只要有些微“斩获”,不“徒手而归”,一般会都愿意息讼;只要法院的判决

---

① 参见刘燕:《走下“自由裁量权”的神坛——重新解读凯立案及“自由裁量权”之争》,载《中外法学》,2002(5)。

② 最高人民法院“关于执行《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的解释”(于 1999 年 11 月 24 日由最高人民法院审判委员会第 1088 次会议通过,自 2000 年 3 月 10 日起施行)第 58 条规定:“被诉具体行政行为违法,但撤销该具体行政行为将会给国家利益或者公共利益造成重大损失的,人民法院应当作出确认被诉具体行政行为违法的判决,并责令被诉行政机关采取相应的补救措施;造成损害的,依法判决承担赔偿责任。”

第 59 条规定:“根据行政诉讼法第五十四条第(二)项规定判决撤销违法的被诉具体行政行为,将会给国家利益、公共利益或者他人合法权益造成损失的,人民法院在判决撤销的同时,可以分别采取以下方式处理:

(1) 判决被告重新作出具体行政行为;

(2) 责令被诉行政机关采取相应的补救措施;

(3) 向被告和有关机关提出司法建议;

(4) 发现违法犯罪行为的,建议有权机关依法处理。”

第 60 条规定:“人民法院判决被告重新作出具体行政行为,如不及时重新作出具体行政行为,将会给国家利益、公共利益或者当事人利益造成损失的,可以限定重新作出具体行政行为的期限。”

只是微观的改动，不过分触及行政机关的利益，被告也不会有激烈的“反弹”。

但是，我们还是要追问，由法院代替行政机关选择“变更方案”，指明“相应的补救措施”，[①]制定“具体履行的期限”，所有这些都妥当吗？都切合实际吗？会不会让行政机关在执行时“倍感艰难”，引发包括当事人在内的更加激烈的争议？尽管理论上对此还存在着不小的分歧，[②]但是，在我看来，至少是当实体关系不明晰（比如像凯立案那样的话语权不清晰），行政机关的决策或执行活动将受到非其能够支配的客观因素的影响（比如稀缺的资源）等等状况下，[③]上述法律规定和司法解释会为争议的滋生埋下“祸根”、提供“诱发剂”，因而这样的制度设计是不足取的。不然的话，或许我们又会依稀看到类似凯立案争议的“影子”。

五、结　束　语

通过以上分析，我们或许可以做出几个基本判断：

（1）当前我国行政诉讼制度在对行政裁量的审查标准上存在不周延，学理上的认同与实务上的操作不甚契合、不完全一致。有些案件的确从学术认识上看应当属于滥用职权，但是，由于无法从立法与司法解释上得到有效呼应，法院也不敢“造次”、不宜轻举妄动，直接援引学术上的理论认识进行判案。[④] 在上诉

---

① 对上述第 58 条、第 59 条司法解释中的“责令被诉行政机关采取相应的补救措施”，在实际运用中可能有两种理解与做法，一种是只原则性地要求行政机关采取补救措施，至于具体措施交给行政机关决断，（法院至多只是建议性地提出改进的方向）；另一种是具体指明行政机关应当（至少应当）采取的补救措施。前一种是无可厚非的，我只是关注后一种。

② 参见杨伟东：《行政行为司法审查强度研究——行政审判权纵向范围分析》，244～245 页，北京，中国人民大学出版社，2003。

③ 关于稀缺资源对行政机关执行法院判决的影响，参见余凌云：《行政自由裁量论》，179～182 页，北京，中国人民公安大学出版社，2005。

④ 郑春燕博士有一个很有意思的看法，她把法院援用“滥用职权”判案少的原因归结为“滥用职权”本身具有主观的道德非难性。第一，“滥用职权”标准的主观贬义性。“滥用职权”的认定主要考虑行政机关主观上的轻率和恣意妄为，具有明显的道德否定性评价，容易引起行政机关对法院判决的抵触情绪。第二，“滥用职权”标准的主观替代性。即使法官在适用“滥用职权”条款时并未受制于主观贬义性可能产生的负面效应，对“滥用职权”约定俗成的理解也要求法官深入到做出行政行为的行政人的内心，确认有无存在违法的“故意”，有无出于“小集团利益和个人利益”的考虑。由于行政机关在做出行政行为时并不会明确地宣告相应的动机与目的（更不用提违法的动机与目的），且行政人的内心活动通常难以形式化为客观的证据，因此法官对“故意”的探知，在很大程度上就转变化法官将自己内心确信的行为动机与目的，认同于行政机关做出行政行为出的动机与目的。“滥用职权”标准追求“故意”的主观主导特征，决定了法院在运用该条款开展司法审查时，容易僭越司法与行政的权力分立界限，代替行政机关做出判断。有趣的是，虽然我国许多法官内心尚未确立权力分立的宪政精神，但“不要管行政机关太多”“行政机关只要能在形式上合法就已经完成现阶段行政审判的主要工作”的朴素思想，却发挥了相似的制约作用，阻碍了“滥用职权”标准在司法实践中的适用。参见郑春燕：《运作于事实与规范之间的行政裁量》（浙江大学法学院博士学位论文，2006 年）。

制度下,掺入法官错案追究制,愈加阻碍了法官创新性的发挥。尹建庭案就很说明问题,手段与目的明显不成比例,却不敢运用比例原则进行审查。因此,加快有关制度层面的改造和完善,显得异常迫切。

(2) 当存在更为明显的其他违法情形时,法院更加乐意选择那些更为客观、方便操作的司法审查标准,比如《行政诉讼法》(1989 年)第 54 条(二)2“适用法律、法规错误”、3“违反法定程序”、4“超越职权”,以降低审判的风险。同样,“转换型”审查策略的运用,也会大幅度地减少直接引用《行政诉讼法》(1989 年)第 54 条(二)5“滥用职权”的判案。我估计,这很可能是“滥用职权”判案比较少的最主要原因,也就是说,不是“滥用职权”涉案少,而是法院审查标准“转移率”高的缘故。尹建庭案就是一个例子,尽管在该案中这种技巧运用得不是很成功。[①]

(3) 我估计,类似汇德公司案那样,法官因对“滥用职权”的内涵拿捏不准而“张冠李戴”、错误适用,或者不敢贸然行事、有意规避的现象,恐怕不在少数。[②] 更为严重的误读是,有的法院甚至误认为行政自由裁量就是行政机关的完全自治,由行政机关自己“说了算”,法院不能干预。面对行政机关滥用裁量,法院却裹足不前。[③] 其结果,一方面是大量的滥用职权案件在法官的眼皮底下悄悄“溜”过去了,对行政的司法控制成效大打折扣,客观效果上也使得“滥用职权”案件锐减;另一方面,却留下了一些让学者哭笑不得的“张冠李戴”的赝品案件。在我看来,这种情况是最令人担忧、沮丧的,这种状况的改变必须取决于法官素质的进一步提高,以及司法政策和立法规定更加明确。

---

① 在清华大学法学院召开的“中日行政法研讨会”上,最高人民法院行政庭蔡小雪法官认为,滥用职权的判案较少的原因,是因为在很多案件的审理中,发现法律适用错误、程序违法或者事实不清、证据认定有问题等等,就按照上述有关的行政诉讼审查路径去审查和判决了。换言之,在我理解起来,滥用职权的审查标准在法院审判的实务中是作为第二位的,在其他审查技术和标准能够解决问题时,法官也就不必求助于滥用职权的审查路径。对于这样的审查策略,我的评价是,第一,比较奏效;第二,简单“挑出刺”的方法是否妥当,我还是存疑的。观点见前述。

② 沈岿博士在研究中也发现,“滥用职权标准在判决中适用的情形较为混乱,且看起来大多与行政裁量无关。”参见沈岿:《行政诉讼确立“裁量明显不当”标准之议》,载《法商研究》,2004(4)。

③ 比如,一个不服房屋拆迁纠纷裁决的行政案件,一拆迁户,一家三口,老人已 70 多岁高龄,儿子及儿媳均身有残疾,行动不便,在与拆迁公司协商未果的情况下,房管部门裁决安置该户回迁位于顶楼(六层,无电梯)的一套三居室。该户老少均喊不平:如此楼层,如何居住?于是诉至法院,要求有个说法。结果令他们很失望,因为法院认为从法律上来讲,房管部门裁决安置楼层的高低完全在其自由裁量权的范围之内,法院对此也无能为力。参见王敏:《自由裁量权你能释放人性的光芒吗》,法制日报网,http://www.legaldaily.com.cn/gb/content/2002-11/13/content_46358.htm。访问时间:2006 年 1 月 8 日。其实,行政裁量理论发展的趋势已经显现出“没有不受司法审查的行政裁量”,上述案件中,房管部门的裁决显然不合理,没有适当考虑该拆迁户家庭人员的构成情况,特别是没有充分顾及当事人家中老人的起居便利,对于应当考虑的相关因素不予考虑,构成了裁量瑕疵,属于滥用职权,法院有权干预。再比如,在马随意诉镇政府不给予见义勇为奖励案中,法院也存在类似的误读。参见余凌云:《行政自由裁量论》,148 页,北京,中国人民公安大学出版社,2005。

(4) 从备受媒体和学界关注的凯立案中,我们也不难发现,对行政裁量的审查深度、力度,司法干预的角度与方式等等,仍然是法院无法很好解决的棘手问题。在我看来,问题的根源仍然出在我们没有很好地从分权的角度去梳理有关的法律制度和司法解释,在追求实际审判效益的同时却反而影响了审判效益(一种违背分权下的法院角色而导致的悖论)。"礼失而求之野",我们还得从制度上找回司法干预的边际。或许我们可以"改弦易辙",从完善其他对行政权的监督机制入手,包括政治的、行政的,而不过分依赖司法上的"单兵突进"。退一步说,即便是我们还想继续保留"变更判决""限定重新作出具体行政行为的期限"以及"被诉行政机关采取相应的补救措施"等等司法干预手段,进一步细化其具体适用条件,恐怕也是必要和有益的。①

尽管像这样由个案来归纳的方法,可能会犯"过度概化"(overgeneralization)的错误,而且,案例研究法也不是用来考察某一特定现象发生频率的最佳方法,②但是,我坚信其中的分析和结论还是会有一定价值的,还是能够折射出法院审查中"易犯"的一些问题的。

① 我注意到,支持现行行政诉讼相关制度的学者,也强调,"在履行判决中,若条件成熟,法院应尽可能详细地确定被告所应履行义务的具体内容;在条件尚不成熟或者事件含有较强专业因素或裁量因素时,法院也应明确阐明自己对该义务的法律意见作为行政机关履行义务的指导。"参见杨伟东:《行政行为司法审查强度研究——行政审判权纵向范围分析》,245页,北京,中国人民大学出版社,2003。在我理解起来,这就是说,法院要想在判决中明确履行内容,还是要有一些前提条件的,比如,存在较为客观的、不容易引起被告争议的判断标准。

② 参见罗伯特·K.殷:《案例研究设计与方法》,55页,重庆,重庆大学出版社,2004。

政府信息公开的若干问题*
——基于315起案件的分析

目　　次

* 本文是我主持的国家社科基金重点项目(项目批准号10AZD023)“监督与规范行政权力的主要路径和重点领域”的阶段性成果,以及我主持的教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“《政府信息公开条例》的实施与改进”(2012—2014年)的阶段性成果。发表在《中外法学》2014年第4期,并被中国人民大学书报资料中心复印报刊资料《宪法学、行政法学》2015年第2期全文转载。施立栋、赵丽君帮助收集、整理、统计有关规范性文件和案件,吕艳滨博士、周汉华教授、王锡锌教授提供了有关资料,在此一并致谢。

一、引言：315起案件描述出的实践

《政府信息公开条例》(2007年)已实施多年，配套规定的制定、修改也已告一段落，2019年又重新修订。法院积累了相当多的判案，民间有不少持续性的实证调研，学者也发表了一批研究性著述。该到我们沉下心来、做更深入、全面性的反思的时候了。

要把这个看似空泛、文献已多的题目写得不飘浮，我选择了检索案例，对足够多的判决样本进行分析，这使得我的研究能够获得某种经验基础，并通过它们勾勒实践面相，提炼问题意识，总结实践做法。

我们以"北大法宝—司法案例"数据库为检索对象，以"信息公开"为标题关键词进行检索，共获得初始检索结果320条。通过逐一审阅检索结果，在剔除重复、雷同与不相关项以及行政裁定书之后，获得有效检索结果315项。检索的截止日期为2013年5月31日。

通览案件，涉及15个省、直辖市。其中，上海法院判决的案件最多，249起，占79%，之后是浙江、河南，分别为19、10起，各占6%、3%，其余的13个省、直辖市少得可怜。很难说这些省市的案件数量原本就少，只能说是司法公开的程度不一。

逐一阅读有关判案后发现，其中不乏精彩的裁判，但多数案件的法院裁判，论理不够深入，有着明显的"党八股"味道，基本是"三段论"：行政机关是否有公开信息的职责、程序是否合法，以及诉争问题如何解决，几乎都是浅尝辄止，甚至有的语焉不详。即便如此，对于政府信息公开的现状，我们还是可以获得感性的认知。

(1) 在上述案件中，当事人胜诉的寥寥无几，仅35起，占11.1%。其中不少判决，在我看来，是有问题的。之所以胜诉率不高，除了个别明显袒护行政机关的外，还有，第一，对当事人的举证要求过于苛严，①而行政机关是否应有此信息，法院又无从查起，全凭行政机关的诚信。法院也很少从行政机关的法定职责、执法规范化的要求去判断行政机关应否有此信息。所以，对于当事人质疑的"信息不存在""信息虚假"，法院多以"无证据加以佐证"，不予支持。第二，对涉及"国家秘密"、过程信息，法院较顺从行政机关的判断，判决说理也只是复述行政机关的理由。对于"商业秘密"，只要第三人反对公开，行政机关、法院就予

---

① 苏苗罕认为，"公众胜诉的比例不高，与政府信息公开案件审理规则不明确有关"。参见苏苗罕：《〈政府信息公开条例〉实施现状及其展望》，载《电子政务》，2009(4)。

以认可。第三,固执地强调公开主体必须是制作机关,而不论被告(被上诉人)是否实际持有该信息。

(2)当事人诉求的信息,除3起案件是应主动公开而未主动公开引发纠纷的外,基本上是依申请公开的纷争,主要涉及土地资源、城市规划、房屋产权、征收征用、许可登记、审计监督、行政处理、行为依据等领域。其中,"征收征用""城市规划""土地资源""房屋产权"居多,它们彼此之间又有着内在的关联。再有就是许可、登记涉案较多。这说明,第一,这些领域的信息是相对人较为关注、与其利益密切相关且迫切需求的。第二,这些领域的主动公开尚有继续拓展的空间,可以适时地将那些重复诉求率高且允许公开的信息转为主动公开。《政府信息公开条例》(2019年)对此作出了积极回应,增加了第21条,进一步明确了基层政府在这些领域的主动公开义务。

表10-1 涉及领域

案件类型	具体内容	数量
土地资源	土地性质及其变更、土地出让、宅基地权属、项目用地	40
城市规划	城市建设项目、建筑规划设计、建设工程规划表、批准建设文件、开发协议、施工许可、宅基地上建房	56
房屋产权	住房保障、房屋产权争议、安置房、房屋评估	31
征收征用	房屋拆迁许可、强制拆迁、拆迁补偿、拆迁项目审批、搬迁安置、动迁、征地	101
许可、登记	信息管理、企业登记改制、检查核准鉴定、调查评定检验、竣工验收	37
审计监督	动迁审计、离任审计、环境评价审计、村务审计	6
行政处理	强拆人员工作证式样、传唤拘留、处罚决定	9
行为依据	拆迁依据、补助意见、裁定依据	6
其他事项	行政收费、合作备忘录、行政奖励、小区物业、历史信息、工龄查询、环境	29

(3)起诉主体为个人的居多,只有32起案件是由公司、律师事务所、研究所、中华环保联合会等单位提起的,占10.2%。这极反常。那些直接从事生产、销售、中介或其他经济活动的企业本该对政府信息有着强烈的渴求,却寂静无息。或许,它们已从别的渠道、甚至是非正常的路径获取了所需信息。

(4)这些案件基本只关涉私人利益,但是,我们还是发现了一起公益诉讼,"中华环保联合会诉贵州省贵阳市修文县环境保护局环境信息公开案"(2012.03.12),并胜诉。这印证了有学者的断言,当下对信息公开的诉求还不

是“政治参与民主型”的，而是“生活需求实用型”的。[①] 对信息公开的关注，由私人利益到公共利益的延伸，还需要我们沉下心来，慢慢培育那些专注公益的第三部门。

(5) 行政机关、法院和相对人基本上能够在《政府信息公开条例》设计的范式上交流，但是，也有些行政机关、法院不能娴熟运用《政府信息公开条例》，与当事人的对话显得不那么中规中矩、恰当妥帖。比如，分不清咨询与信息公开申请，对咨询行为，却按政府信息公开事项答复处理；又比如，申请的信息不存在，不先行告知，而是径行以过程信息替代，或者提示查询的机构，给人不规范的跳跃感。

(6) 在程序、方式上的瑕疵对行政决定效力影响的把握上，有长足进步。法院更加务实，也更接近理论认识。对于《行政诉讼法》(1989年)第54条(二)3“违反法定程序的”，没有简单地采取“判决撤销或者部分撤销，并可以判决被告重新作出具体行政行为”，而是进一步审视程序瑕疵是否“对原告的权利义务产生实际影响”。对不产生实际影响的，法院表现出更大的宽容。比如，“经批准逾期答复、却未告知原告、后经原告谅解的”[②]、“延期答复未书面送达而是口头告知”[③]、“将信息公开决定与过程性补正告知在一份答复书中回复”[④]、“超出法定的答复期限”[⑤]、“未能正确告知复议受理机关”[⑥]、“答复中没有说明有关情况的意见”[⑦]，等等，这些瑕疵均不影响行政决定的效力。或许，这是因为信息公开是一个事实行为，这让法官更关心的是结果，而不是程序。这种操作已经与《行政诉讼法》(2017年)第74条规定基本吻合。

阅读上述案件之后，一个强烈的印象就是，我们现在面临的突出问题已不再是要不要信息公开，而是怎样公开。掣肘信息公开的主要是缺少操作的细节，对法律的认识不统一，包括什么是政府信息？如何理解“谁制作、谁公开”？主动公开和依申请公开指向的信息是否不同？“三需要”的用途？如何理解不予公开的例外？哪些属于公共企事业单位范畴？与相关法律的冲突如何解决？

---

① 参见倪洪涛：《依申请信息公开诉讼周年年度调查报告——基于透明中国网刊载的40宗涉诉案的考察》，载《行政法学研究》，2009(4)。

② 比如，“刘桂兰与阜阳市颍泉区人民政府政府信息公开纠纷上诉案”(〔2009〕皖行终字第0079号)。

③ 比如，“陈某某与上海市黄浦区住房保障和房屋管理局政府信息公开答复案”(〔2011〕沪二中行终字第166号)。

④ 比如，“上海顺泰创强实业有限公司与上海市规划和国土资源管理局政府信息公开决定纠纷上诉案”(〔2010〕沪二中行终字第37号)。

⑤ 比如，“周甲诉上海市闸北区人民政府政府信息公开决定纠纷案”(〔2010〕沪二中行初字第25号)。

⑥ 比如，“陈某某与上海市黄浦区地名管理办公室政府信息公开决定纠纷案”(〔2012〕沪二中行终字第283号)。

⑦ 比如，“邱某某与上海市公安局政府信息公开决定纠纷上诉案”(〔2010〕沪二中行终字第123号)。

等等,这些构成了我们以下讨论的基本问题。

更为重要的是,从足够多的法院判决中,体察法官对《政府信息公开条例》的理解,提炼出有关规则与解释,是在发现“活的法”。当然,因个案争讼的不同,法官的认识也呈碎片状,较零散,也不净是正确,这就需要我们去批判、校正和淬炼。

二、什么是政府信息?

《政府信息公开条例》(2007 年)第 2 条对“政府信息”下了一个定义,“本条例所称政府信息,是指行政机关在履行职责过程中制作或者获取的,以一定形式记录、保存的信息。”第 6 条要求“信息公开必须及时、准确”。对于其中“履行职责过程”和“制作或者获取”“准确”这几个核心且不确定的概念,结合有关案件的判决,可以做如下建构性解释。

1. 如何理解“履行职责过程”? 至少可以解构为以下三点:

第一,“履行职责过程”无疑要具有公法意义,但是,采取的手段显然可以是多样的,既可以是公法上的手段,也可以是私法上的手段。比如,“丁某某与上海市黄浦区建设和交通委员会政府信息公开决定纠纷上诉案”(〔2010〕沪二中行终字第 22 号),法院刻意做了限定,以拆迁人与被拆迁人是“民事法律关系”,用手段的私法性来否定安置房的公法性。[①] 这显然是不妥的。

第二,应当是履行“行政”职责。[②] 在 2019 年《政府信息公开条例》对此作出明确澄清之前,实践上主要是根据《政府信息公开条例》(2007 年)第 1 条规定的立法目的所做的推定。比如,“邱某某与上海市公安局政府信息公开决定纠纷上诉案”(〔2010〕沪二中行终字第 123 号),上诉法院就是如此推论,认为政府信息“是指行政机关在履行行政职责过程中所形成的信息”。判定,“上诉人申请公开的《关于轻微刑事案件审查逮捕适用条件的若干意见》,系被上诉人(市公安局)与上海市人民检察院联合制定的,内容涉及刑事司法范畴,并非被上诉人

① 在该案中,法院认为,“上诉人要求获取的‘南车站路某号丁某某(户)安置用房符合国家质量标准的检测报告’的信息,是被上诉人基于其拆迁人身份而取得的。被上诉人虽然是行政机关,但其作为拆迁人,与被拆迁人之间是平等的民事法律关系,实施的拆迁行为也是民事法律行为,故被上诉人在房屋拆迁过程中取得的信息不是其履行行政职责过程中制作或获取的信息。”

② 后向东博士持广义的观点,认为,“信息公开法不区分履行何种职责所形成的信息,只要行政机关持有的信息,都属于政府信息”。刑事侦查活动所形成的信息,还有行政机关向人大机关提交的信息、行政机关向法院提交的涉诉信息,以及行政机关制定规章行为所形成的相关信息,如果不宜公开,“应当通过信息公开法的明文规定来豁免”。参见,后向东:“我国政府信息公开制度与实践中十大重要观点辨析”,载于《中国法律评论》2018 年第 1 期。

在履行行政管理职责中制定的政府信息”。《政府信息公开条例》(2019年)第2条进一步澄清为“在履行行政管理职能过程中”。

第三,履行职责过程中制作或者获取的信息,包括法定要求的与非法定要求的两种。前者是指根据有关法律规定,在履行职责过程中应当、也必须制作或者获取这些信息,否则构成程序瑕疵,或者不履行法定职责。后者是指虽不是法定要求的,但却是在履行职责过程中实际制作或者获取的信息。比如,“王某与上海市某区住房保障和房屋管理局政府信息公开申请答复行政行为纠纷上诉案”((2012)沪一中行终字第54号),法院就明显是从上述两个路径去审查的。它在判决中指出,“被上诉人已当庭确认上诉人所申请的信息并非其在履行职责过程中应当制作或者获取的,以一定形式记录保存的信息。上诉人亦未能提供充分有效的证据和依据证明被上诉人具有制作或获取上诉人所申请的动迁人员核对表的职责,也不能证明被上诉人实际制作或获取过上诉人所申请的信息。”

2. 如何理解“制作或获得”呢?应当是发生在履行职责过程之中,是基于职责、程序的要求,信息的制作或获取是一种程序运作的结果,或者是程序继续运作下去的基础。比如,“王某与上海市某区住房保障和房屋管理局政府信息公开申请答复行政行为纠纷案”(〔2012〕沪一中行终字第112号),被告认为,《上海市住宅物业管理规定》(2011年)第25条规定的保管行为“是事实代管行为,不属于法律意义上获取政府信息的方式”。法院在判决中也分析了该第25条规定,[①]认定“某区房管局下属房管办系依规定而代为临时保管上述材料,上述材料非由某区房管局制作,此临时保管行为亦不属法律意义上的获取,因此,上述材料不属于某区房管局的政府信息”。也就是说,保管行为不是行政职责履行过程中的一个环节或程序要求。

3. 从第6条规定和法院判决看,对于信息的“准确”与“完整”,至少有两种理解。一种是以行政机关存有的原始状态的信息为准,即便与行政机关给出的正式文本有出入,或者不符合规范要求,存在笔误,也不足以否认其“真实”“准确”。[②] 另一种是多不是以行政机关制作或获取时的原始文件为准,而是以实际

---

① 《上海市住宅物业管理规定》(2011年)第25条规定:“业主委员会应当自换届改选小组成立之日起十日内,将其保管的有关财务凭证、业主清册、会议纪要等档案资料、印章及其他属于业主大会所有的财物移交物业所在地房管办事处保管。业主大会、业主委员会依法需要使用上述物品的,物业所在地房管办事处应当及时提供。”

② 比如,“乔某等与上海市某新区建设和交通委员会政府信息公开申请答复行政行为纠纷案”(〔2012〕沪一中行终字第99号),法院认定,“被上诉人在审理中当庭确认其提供给上诉人的系争评估报告和送达回证是相关房屋拆迁裁决档案卷宗内调取复印的,与档案里保存的完全一致”。至于上诉人提出的“该评估报告不符合《上海市城市房屋拆迁评估技术规范》规定的形式要件与内容要求”,进而质疑信息的真实性,法院认为,这“与本案政府信息公开答复行政行为不属同一法律关系,不属本案审理范围”。

情况为准,从而赋予了行政机关进一步调查核实的职责。“俞霞金等诉宁波市鄞州区人民政府政府信息公开行政诉讼案”((2009)浙甬行终字第44号)中,法院就凭据上诉人提供的一个证据,因“俞彩定不在被上诉人所公开的128户名单中”,“认定被上诉人政府信息公开的内容不真实、不完整”,即便被上诉人提供的户数源自“宁波市国土资源局鄞州分局”的原始统计。

我觉得,《政府信息公开条例》本身就充斥了混杂与矛盾。从本意上看,行政机关有义务公开的只是原始信息,原汁原味的,无须加工、再制作,但是,从政府信息公开协调机制看,行政机关又被附加了进一步调查核实、校正纠错的义务。在我看来,后者只是特定情境下的一个例外。一般而言,政府信息公开止于原始信息。如果原始信息有误、不全,那是通过要求更正、要求履行法定调查职责等其他途径来解决的。

三、公开的主体

1. 与行政主体理论的关系

从《政府信息公开条例》(2007年)对公开信息的义务主体的表述看,主要有“行政机关”“人民政府及其部门”,与其他法律法规的表述无异。《政府信息公开条例》(2007年)第17条还进一步对具体的公开主体做了规定。稍微有点行政法知识的人,很容易把它和行政主体连在一起。

从有关案件看,也多与行政主体理论暗合。有的法院还依此校准被告。[①] 第17条说的“谁制作”,被行政机关的很多同志严格地界定为是在法律上有权批准、公布的机关,是信息的完成机关。这主要是考虑责任问题,谁有权对该信息的真实性、准确性负责,谁才是“制作机关”。

但也有个别案件不是,比如“袁裕来与安徽省人民政府不履行政府信息公开法定职责纠纷上诉案”(〔2008〕皖行终字第0136号),法院就没有按照行政主体理论来认定信息公开的主体,而是认为,“省政府法制办是办理复议案件的机构”,尽管属于内设机构,但是,“复议材料也由其保管,一般情况下省政府法制办可以是政府信息公开的主体”。

我赞同这个结论,却不认可法院的推理。上述第17条也完全可以涵摄到

① 在“张某某诉杭州市萧山区某某镇人民政府其他政府信息公开纠纷案”(〔2012〕杭萧行初字第8号)中,法院在判决中还特意套用了行政主体理论,指出,“某某镇信息公开办公室是被告某某镇政府的内设机构,该办公室在没有法律、法规或者规章授权的情况下,即以自己名义作出被诉答复行为,原告张某某对该答复不服提起行政诉讼,应当以某某镇政府作为本案的被告”。

行政主体理论之中去解释，就像以内设机构所隶属的机关为被告一样。或许，法院很可能是默许了实践，不把简单问题复杂化。实践中，承担信息公开义务的单位都不讲究是否为内设机构或者执法主体，而是以事实上是否制作或保管有关信息为标准。所以，在认定被告上也没有必要过于固执，非得行政主体。

其实，在我看来，信息公开主体之所以可以游离开行政主体理论，主要是因为行政主体理论是秩序行政的产物，秩序的维护要以限制公民权利为代价，要特别强调主体的资格以及权力的来源。而信息公开属于给付行政范畴，是授益和提供信息服务的，所以，没有必要受行政主体理论桎梏。如果这个观点是可以成立的，那么，有关信息公开的案件中，行政复议的被申请人和行政诉讼的被告就可以舍弃行政主体理论，由实际承担信息公开的主体来担当。

2. 以往实践上对“谁制作、谁公开”的理解

《政府信息公开条例》(2007年)第17条之所以坚持由制作的行政机关负责公开，很可能是为了确保信息的原始性和准确性。实践中，因捆绑上了过错追究和行政问责，非制作的行政机关持有信息，也不愿公开，宁可把当事人呼来唤去，也不愿“趟浑水”、沾惹是非。

在我看来，第17条不尽合理。第一，制作机关制作的原件有可能已送达给相对人、其他机关，没有留存，或者留存的底稿等信息与原件有一定出入。有的行政机关主动提供了相关的信息，反倒吃了官司。[①] 第二，不便民，徒增成本。因为相对人不熟悉复杂的行政过程，很难准确识别制作信息的行政机关，难免误打乱撞，不得要领。非制作的行政机关即使持有原件，也矫情，不给相对人。

“陈某某与上海市黄浦区绿化和市容管理局政府信息公开答复上诉案”(〔2011〕沪二中行终字第267号)就很典型。上诉人申请公开的沪黄房地拆许延字〔2002〕第18号房屋拆迁期延长许可通知，“制作机关为本市房屋土地管理部门”，并非被上诉人。但是，被上诉人是该房屋拆迁期延长许可通知的被许可人，保存有原件。法院也是按照上述第17条做出判决，“被上诉人不是上述信息公开的义务机关”。但是，作为行政机关的被上诉人明明持有原件，为什么就不能提供给上诉人呢？更有讽刺意味的是，“上诉人提起诉讼后，被上诉人却将该上述材料作为证据提供给上诉人”。这起案件充分说明了第17条的不理性。

其实，从有关案件看，行政机关、法院也并没有坚持“谁制作、谁公开”原则，其中不乏灵活机变。我们至少发现了四种情形：

---

① 比如，“陈某与上海市规划和国土资源管理局政府信息公开决定纠纷上诉案”(〔2012〕沪二中行终字第91号)，建设项目选址意见书正本已颁发给建设单位，提供给上诉人的底稿与正本记载的内容一致，只是有些笔误，却吃了官司。

一是不转由制作机关,而是自己直接提供了。比如,“吴某某与上海市城乡建设和交通委员会政府信息公开决定纠纷上诉案”(〔2011〕沪二中行终字第222号),被上诉人查明,上诉人所申请公开的信息是“由其下属机构上海市建筑业管理办公室制作”的,但“本着公开、便民的原则”,被上诉人直接向上诉人提供了该信息。

二是指示下级行政机关回复。比如,“史丽江诉江苏省国土资源厅不履行土地信息公开法定职责案”(〔2011〕苏行终字第0066号),原告申请公开的相关征地批准文件及与其相对应的‘一书三方案’,属于阶段性行政行为,需要经过层层批准、审核,最终由被告完成。但是,被告按照“就近、便民的原则”,直接“通知无锡市国土资源局”向原告提供,并在答复函中告知原告。无锡市国土资源局也及时提供了有关信息。原告获得的信息或许不完整(缺少上级审批印章),但就信息内容而言,却是一致的,能够满足原告的实质要求。这样的处理,原告在诉讼中也提出质疑,“被告无权通过自设文件的方式将其应当履行的职责免除或转移至其他行政机关”,被告的回复“不是《政府信息公开条例》所规范的回复”,“不能因为其采用了回复这种文书形式就认为其实质上履行了信息公开的职责。”但是,法院不以为然。

三是信息已移送档案馆的,也随之“移交”了公开义务。比如,“赵某某与上海市某某管理局政府信息公开申请纠纷上诉案”(〔2009〕沪二中行终字第229号),当事人申请公开的信息,尽管是行政机关制作,但已向城建档案馆移交了档案,因此,建议当事人向档案馆咨询。

四是将制作权委托给了其他行政机关。比如,“王景清等与福州市人民政府信息公开决定纠纷上诉案”(〔2012〕闽行终字第125号),被告曾发布《关于启用“福州市人民政府土地审批专用章”的通知》(榕政综〔1986〕741号),授权福州市国土部门制作并保存有关土地批复文书。法院因此认定,有关土地批复文书“虽以福州市人民政府名义作出,但系福州市人民政府授权福州市国土资源管理局制作,并加盖被告福州市人民政府土地审批专用章,因此该政府信息的制作机关实际是福州市国土资源管理局。”

在我看来,上述第一、二种处理颇便民,第三种因与《档案法》交织,较折腾当事人,第四种却悖扭法理,市政府的“授权”实质上是委托,从法律上看,制作机关仍然应当是市政府。

一些地方立法也没有完全亦步亦趋。比如,《浙江省政府信息公开暂行办法》(省政府令2012年302号)第6条第2款规定,“行政机关保存的属于其他行政机关制作的政府信息,作为其行政管理依据的,根据公民、法人和其他组织的申请,在其掌握的范围内依法公开”。

其实，行政机关制作的信息，会因行政程序、行政过程而合法地流向其他行政机关或者公共机构，为后者所保存。有的是作为后者做出决定的基础，有的是作为行政管理的依据。从有关讼争看，不少当事人也期望能够从这个过程的环节上直接获取信息。

比如，“张永汉诉广东省人民政府作出的政府信息公开行为纠纷案”(〔2010〕穗中法行初字第53号)，原告之所以坚持要被告提供“案涉行政处罚决定书”，是因为，该信息“虽非被告制作”，却是它在履行“行政复议职责过程中”，“从其他法人处获取、保存并认定的信息”，是作出复议决定的唯一依据。

综上，我建议，第一，第17条规定的“谁制作”可以解释为“具体承办制作信息的机构”，无须行政主体。第二，不是信息制作机关的行政机关做出的决定，是以上述信息为基础和依据的，只要不涉及不公开的情形，也由该行政机关负责公开。如果无法一目了然做出可否公开的判断，交由原制作的行政机关决断，并告知申请人。申请人质疑信息的真实性、完整性，可以直接向原制作机关申请。第三，给申请人增加一个备选方案，接受信息公开申请的行政机关没有该信息，可以帮助申请人从制作机关调取，并收取合理费用。

然而，《政府信息公开条例》(2019年)第10条似乎并没有迎合实践的进取尝试，而是趋向保守，第一，公开主体应当是行政主体。比如规定，“行政机关设立的派出机构、内设机构依照法律、法规对外以自己名义履行行政管理职能的，可以由该派出机构、内设机构负责与所履行行政管理职能有关的政府信息公开工作”。又比如，第27条规定，依申请公开的，“向地方各级人民政府、对外以自己名义履行行政管理职能的县级以上人民政府部门”提出申请。第二，对于行政机关共享的信息，或者说，“行政机关获取的其他行政机关的政府信息”，还是要求“由制作或者最初获取该政府信息的行政机关负责公开”，除非法律、法规另有规定。

四、主动公开与依申请公开之关系

1. 指向的信息

无论是主动公开还是依申请公开，只是公开的方式不同，它们指向的对象都是可公开的信息，在这一点上却是共通的。“薛建彬与青岛市黄岛区人民政府不履行政府信息公开义务纠纷上诉案”(〔2009〕青行终字第107号)中，一审法院刻意区分主动公开与依申请公开的信息，视为两类不同的信息，显然是误读了法律。一些地方政府也误以为“依申请公开只能适用于主动公开的信息之

外的信息”。[①]

所以,即便是主动公开的信息,当事人不知晓,或者行政机关没有主动公开的,当事人也可以依申请公开。“张征文诉兴安县湘漓镇人民政府政府信息公开案”(〔2009〕行字第2号)中,原告要求公开《磨石江建设小康文明示范村规划图》等磨石江新农村文明示范点的相关信息,就属于应主动公开的政府信息,但是,湘漓镇人民政府却因种种原因没有主动公开,法院肯定了原告有权依申请公开。

对于已主动公开的信息,行政机关可以告知当事人获取的方法与途径,如果不增加额外成本,也可以直接提供有关信息。“张艳琴与郑州市国土资源局政府信息公开纠纷上诉案”(〔2010〕郑行终字第129号),行政机关已告知当事人获取的方式,之所以会发生争执,是因为其中一个信息要“到市土地储备中心查阅”,而当事人“到土地储备中心查阅相关资料要求复印时,遭到拒绝”。

2. 两者关系

之所以要划分主动公开和依申请公开,首先,是考虑“需求程度高”的信息要主动公开,这也能减少回复公众经常申请的行政成本(reduce the administrative burden of answering routine requests),提高效率。[②] 而“需求程度低”的信息,为节约公开的成本,依申请公开。[③] 其次,还因为先前的地方实践已经屡经试错,积攒了经验,形成了较为固定的这两种公开范式。

因此,我始终认为,当前政府信息公开的着力点应当是做好依申请公开。理由是:第一,依申请公开的信息都是相对人迫切需要的,对其生产、生活与研究有着重要意义。从公开的成本与效益上看应该是最高的,不像主动公开,常流于形式,成本大,又多不为相对人所关心,效益不彰显。第二,是因为迄今我们都无法自信地说,我们已经完全认识和掌握了所有信息的种类和性质,不会因为现代科学和信息分析技术,从看似片段、没有问题的多个信息之中分析、提炼出有损公共利益的信息,所以,我们需要通过依申请公开来挨个试错。如果公开的片段信息没有产生问题,且需求较大,当然可以转为主动公开。主动公

① 参见中国社会科学院法学研究所法治国情调研组:《中国政府透明度年度报告(2010)——以政府网站信息公开为视角》,载中国社会科学院法学研究所编:《中国法治发展报告》(2011),226页,北京,社会科学文献出版社,2011。

② David Banisar, “Freedom of Information around the World 2006: A Global Survey of Access to Government Information Laws”, Privacy International Report, 25(2006), http://www.freedominfo.org/documents/global_survey2006.pdf.

③ 参见程洁:《政府信息公开的法律适用问题研究》,载《政治与法律》,2009(3)。

开的信息，也可以“因为时效或需求量小等原因”转为依申请公开。[①] 第三，主动公开的信息毕竟量少，大量的信息是通过依申请公开，纠纷也频发于此。

《政府信息公开条例》(2019年)第44条做出了积极回应，“多个申请人就相同政府信息向同一行政机关提出公开申请，且该政府信息属于可以公开的，行政机关可以纳入主动公开的范围”。“对行政机关依申请公开的政府信息，申请人认为涉及公众利益调整、需要公众广泛知晓或者需要公众参与决策的，可以建议行政机关将该信息纳入主动公开的范围。行政机关经审核认为属于主动公开范围的，应当及时主动公开”。

五、“三需要”与涉嫌滥用申请权

1.“三需要”

《政府信息公开条例》(2007年)第13条引入了“根据自身生产、生活、科研等需要”(以下简称“三需要”)可以申请获取有关政府信息。国务院办公厅在《关于施行〈中华人民共和国政府信息公开条例〉若干问题的意见》(2008年4月29日)做了进一步的解读，“行政机关对申请人申请公开与本人生产、生活、科研等特殊需要无关的政府信息，可以不予提供”。现有研究已反复论证了，这是一种误读，且流弊甚广。不少案件显示，行政机关、甚至法官都把“三需要”设定为申请资格条件，要求申请人必须予以证明。

其实，“三需要”不是用来限制申请资格(或者原告资格)的，因为，《政府信息公开条例》(2007年)第20条第2款没有要求，而且，“就一般意义而言，当申请人自身‘生产、生活、科研等特殊需要’可解释到最大化时，条例中信息公开的申请人，可以是任何人。因为每个人都有选择职业、生活方式和从事科学研究的自由，在法律上无法将生产、生活、科研从特定的社会成员所享有的自由中予以排除”。[②] 因此，对于“三需要”，行政机关不得随意搭附，不得限缩解释，进而刁难、推诿。

大多数国家现在都允许任何人来申请信息，不论其是否有着法律利益、是否为公民或者是否为居民。(A majority of countries now allow anyone to ask for information regardless of legal interest, citizenship or residency.)[③]比如澳大利亚，在决定信息公开时，原则上不要求申请人给出用途说明和申请目的。

---

① 参见程洁：《政府信息公开的法律适用问题研究》，载《政治与法律》，2009(3)。

② 参见朱芒：《公共企事业单位应如何信息公开》，载《中国法学》，2013(2)。

③ David Banisar, Op. Cit. 15, 22.

正如 Maeve McDonagh 和 Moira Paterson 指出的,“个人要求获得文件,只是作为权利,无需给出索取的理由或者正当性,如何使用这些文件也不受限制。一般而言,在作出决定时考虑申请人的身份或动机是不适当的”。[①]

从澳大利亚有关判例看,申请目的,以及申请人对信息有限使用的承诺,这些也不是绝对不考虑。法官、行政机关考虑它们,只是用来决断涉及隐私的信息是否可以公开。比如,在 *Victoria Police v Marke* 案中,当事人被指控有恋童癖(paedophilia),他要求公开控告者和警察的有关谈话笔录,但行政机关和裁判所均以“向当事人公开这些文件就是对世公开这些文件”(any release of the documents to the applicant was a release to the world)为由拒绝公开,最高法院法官 Hansen J. 却认为,裁判所没有考虑申请人已保证其获得上述文件后不会泄露有关信息,要求裁判所重新裁决。[②]

在我看来,“三需要”的意义仅体现在举证责任,而且仅在过度申请、涉嫌滥用申请权时才显现。在我看来,这种限制的妥当性只与申请公开的信息数量有关,并通过说明理由的程度来实现。申请人申请的信息数量愈大,意味着占用的公共资源愈多,就负有更多的说明理由义务。如果申请人给出的理由不足以说服行政机关,行政机关可以引用上述第 13 条规定予以拒绝。

但是,由于实践的误入歧途、积重难返,《政府信息公开条例》(2019 年)干脆删除了“三需要”之规定。

2. 涉嫌滥用申请权

在案件梳理中,我们还是嗅出了申请权被滥用的味道。比如,杨某在 2009 年 6、7 月份连续向崇明岛行政机关提出四个申请,又分别都经过了行政复议,尔后进入诉讼,甚至上诉。[③] 杨某的刁难之意在其中一起案件中表现得尤为张扬。在“杨某诉崇明县人民政府信息公开决定纠纷案”(〔2010〕沪二中行初字第 10 号)中,杨某要求获取“崇明县人民政府对杨某某(户)实施房屋拆迁行政强制执行过程中,参与执行的人员佩戴的强制执行工作证的样式”,并且特意标明“是在对杨某某户进行房屋拆迁强制执行这一特定过程中所产生的”,未参加执行的其他人员佩戴的,即便是同一样式,也一概不接受。

那么,什么是涉嫌滥用申请权呢?一般挟有恶意,比如报复、捣乱、找茬、干

---

① Maeve McDonagh & Moira Paterson, “Freedom of information: taking account of the circumstances of individual applicants” Public Law, 505(2010).

② Maeve McDonagh & Moira Paterson, Op. Cit. 20, 523-526.

③ “杨某诉崇明县人民政府信息公开决定纠纷案”(〔2010〕沪二中行初字第 8 号)、(〔2010〕沪二中行初字第 9 号)、(〔2010〕沪二中行初字第 10 号)、(〔2010〕沪二中行终字第 68 号)。

扰等,客观表现为申请的信息数量过大,或者过于频繁。之所以要抑制这种行为,是因为它占用过多的公共资源,却无实际用途(意义),又影响行政机关的正常业务。滥用申请权,一旦被拒,很可能衍生为滥用诉权。

行政机关和法院的应对,也可从出现频率最高(多达19起)的上海顺泰创强实业有限公司案中,察觉一斑。其中,在2009年至2010年间涉案13起,包括诉讼或上诉,[①]都是围绕着“静安区愚园路某号基地土地使用者上海天顺公司闲置土地十年后”,并不断变换提要,试图获取有关政府信息。每次,行政机关都要求补正,“在审查原告的申请书及补正申请书后,不能确认原告申请所具体指向的文件名称、文件号以及其他特征描述,无法根据原告的申请进行搜索”,拒绝公开。法院也随之附和,认为,“该申请内容未指明所需政府信息的名称、文号,虽有一定的特征描述,但该描述不明确、指向不特定,不足以确定相应的政府信息,被告据此认定原告的申请不符合上述规章的规定,并无不当。”十份判决读起来,单调、雷同。很显然,行政机关与法院之间有着某种默契,用“补正”来应对原告(上诉人)似乎无休止的“纠缠”。

上述应对,在我看来,不够妥帖。从国外瞥见的,学者能够想到的比较适当的应对包括:(1)直接拒绝;(2)收费。收费的合理性在于信息公开涉及公共资源的占用。申请次数越多、信息数量越大,耗费的公共资源也越大。超出合理申请的次数和数量的,甚至可以按几何基数征收费用,以抑制当事人的好奇冲动和权利滥用。(3)限制每次的申请数量,意在消耗滥用权利者的时间和精力。

但是,这三种方法都不太可能根本解决问题。因为滥用者或许有的是时间、精力,甚至金钱。申请信息数量大,不见得都是滥用。而信息公开又要尽量避免收费,不得利用收费“吓跑申请者”。[②] 用收费来抑制滥用,效果恐怕不彰显。[③] 行政机关直接拒绝,又会将举证责任全部揽到自己身上,增加行政机关的负担。

《政府信息公开条例》(2019年)尽管没有出现“滥用申请权”的字眼,没有明示其为违法行为,却在第35条、第42条做了实质性回应,一是要求说明理由。

---

① “上海顺泰创强实业有限公司诉上海市静安区人民政府政府信息公开决定纠纷案”(〔2010〕沪二中行初字第26号)、(〔2010〕沪二中行初字第27号)、(〔2010〕沪二中行初字第28号)、(〔2010〕沪二中行初字第29号)、(〔2010〕沪二中行初字第30号)、(〔2010〕沪二中行初字第31号)、(〔2010〕沪二中行初字第38号)、(〔2010〕沪二中行初字第39号)、(〔2010〕沪二中行初字第40号)、(〔2010〕沪高行终字第47号)、(〔2010〕沪高行终字第48号)、(〔2010〕沪高行终字第49号)。

② 参见吕艳滨、Megan Patrica Carter:《中欧政府信息公开制度比较研究》,4页,北京,法律出版社,2008。

③ 爱尔兰和英国也曾有过激烈讨论,最后意见是“要用另外的方式(而不是收费)来限制对法律的滥用”。参见吕艳滨、Megan Patrica Carter,见前注,34页。

“申请人申请公开政府信息的数量、频次明显超过合理范围,行政机关可以要求申请人说明理由”,“行政机关认为申请理由不合理的,告知申请人不予处理”。二是迟延答复。“行政机关认为申请理由合理,但是无法在规定期限内答复申请人的,可以确定延迟答复的合理期限并告知申请人”。三是收费。“申请人申请公开政府信息的数量、频次明显超过合理范围的,行政机关可以收取信息处理费”。

六、不予(免予)公开

从我们浏览的有关地方立法和司法解释看,在 2019 年《政府信息公开条例》修订之前,对不予(免于)公开事项的表述高度重复,在具体事项的列举上略有出入,大致包括“三安全、一稳定”“国家秘密、商业秘密和个人隐私”、过程性信息、影响国家利益或公共利益(社会公共利益)、执法信息和内部公开事项、工作秘密等。其中很多事项的内涵、判断标准,立法与司法解释都没有做进一步阐释。我们将其中涉及事项较多、较为典型的文本梳理、统计如下:

表 10-2　立法中政府信息免于公开事项统计表

文件名称	“三安全、一稳定”	国家秘密、商业秘密、个人隐私	过程性信息	国家利益、公共利益	执法信息	内部公开事项
政府信息公开条例(2008 年)	√	√				
广州市政府信息公开规定(2003 年)		√	√	√		
湖北省政府信息公开规定(2004 年)		√		√	√	
武汉市政府信息公开暂行规定(2004 年)		√		√	√	
郑州市政府信息公开规定(2005 年)		√	√		√	
海南省政府信息公开办法(2005 年)		√	√		√	
苏州市政府信息公开规定(2006 年)		√	√		√	
黑龙江省政府信息公开规定(2006 年)		√ (工作秘密)	√	√		√

续表

文件名称	“三安全、一稳定”	国家秘密、商业秘密、个人隐私	过程性信息	国家利益、公共利益	执法信息	内部公开事项
本溪市人民政府信息公开暂行办法(2006年)		√	√		√	
深圳市政府信息公开规定(2006年)		√			√	
南京市政府信息公开规定(2008年)	√	√	√	√		
宁波市政府信息公开规定(2008年)	√	√	√	√	√	
杭州市政府信息公开规定(2008年)		√	√		√	
山东省政府信息公开办法(2010年)		√	√		√	
上海市政府信息公开规定(2010年)	√	√	√		√	
最高人民法院关于审理政府信息公开行政案件若干问题的规定(2011年)		√				

有学者否认“三安全、一稳定”是“一个独立的例外情况”,甚至认为其“已包含在‘涉及国家秘密’题中了”。① 我以为,假如“三安全、一稳定”只是《政府信息公开条例》(2007年)第14条的脚注,没有独特的、广袤的内涵,那它纯属多余,也难以称之为原则。而且,从法规范分析看,也难以凭据《政府信息公开条例》(2007年)第8条不在第二章第14条之内,就得出其不是规定例外情况的结论。况且,从实践看,也并非如此。在我看来,“三安全、一稳定”是一个独立的例外情况,它也的确与国家秘密有交叉,却不重叠,外延更大,它还囊括了其他也不宜公开的情形。比如,它就与《公务员法》(2006年)第12条、第15条规定的工作秘密有着某种呼应。

由于《政府信息公开条例》(2007年)仅承认两类不公开事项,即“三安全、一稳定”“国家秘密、商业秘密和个人隐私”,因此,对于地方立法规定的其他事项,除了应当证成其免于公开的正当性外,还必须将其融入上述两个法定事由之

① 李广宇:《政府信息公开司法解释读本》,258-259页,北京,法律出版社,2011。

中。在我看来,或许,“三安全、一稳定”是更佳的吸纳这些事项的场域。[①]

即便是涉及“三安全、一稳定”“国家秘密、商业秘密和个人隐私”的信息,也不是绝对不公开。首先,如果存在“可分的、依法应公开”的部分信息,可以将其从不公开的信息中切割出来,予以公开。[②] 其次,涉及第三方商业秘密或个人隐私的信息,基于公共利益的考量,也可以公开。但行政机关应当将公开的内容和理由告知第三方。

《政府信息公开条例》(2019 年)第 14 条、第 15 条、第 16 条对不公开的事由又重新归拢了一下,第一,保留了“国家秘密”、“商业秘密”和“个人隐私”,与原先规定一样,“依法确定为国家秘密的”,绝对不公开。涉及“商业秘密”和“个人隐私”的相对不公开。第二,实质上保留了“三安全一稳定”。第三,增加了“法律、行政法规禁止公开的政府信息”。第四,分别胪列了“内部事务信息”“过程性信息”和“行政执法案卷信息”。“行政机关的内部事务信息,包括人事管理、后勤管理、内部工作流程等方面的信息,可以不予公开”。“行政机关在履行行政管理职能过程中形成的讨论记录、过程稿、磋商信函、请示报告等过程性信息以及行政执法案卷信息,可以不予公开”。但是,“法律、法规、规章规定上述信息应当公开的,从其规定”。

1.“三安全、一稳定”

多数案件在论及“三安全、一稳定”时,无论是法庭辩论还是判决也都只是给出结论,不加分析。“周某诉上海市人力资源和社会保障局政府信息公开案”(〔2010〕黄行初字第 31 号)却是少有的例外。

在该案中,原告、被告和法院在“公开相关高评委专家名单是否危及社会稳定”上展开了较深入的对话。被告认为,可能危及社会稳定,把这种潜在的“危及”具体描述为“影响评审公正公平,以及评委正常生活、工作”。原告反对,但理由贫乏。法院在判决中做了细腻的辨析,在法院看来,第一,“与公开随之而来的不正之风、打击报复等并非评委面临独有的职业风险。抵制不正之风,不畏打击报复乃系对我国较多行业从业者提出的基本职业要求。我国逐步完善的行政处罚、刑罚体系已将上述职业风险降到最低”。第二,“由于评委个人的评审意见及投票情况职称申报者并不知晓,被告持有的职称申报者对评委个人

① 比如,《上海市政府信息公开规定》(2010 年修订)第 10 条就明确规定,不公开“属于调查、讨论、处理过程中的政府信息”(包含了过程性信息和执法信息),是“因其内容不确定,公开后可能影响国家安全、公共安全、经济安全或者社会稳定”。

② 参见叶必丰:《具体行政行为框架下的政府信息公开——基于已有争议的观察》,载《中国法学》,2009(5)。

可能会实施扰乱工作、生活行为，以及打击报复的假设缺乏合理的根据”。因此，法院认为，被告的上述理由“并不能充分地推导出公开相关高评委专家名单可能危及社会稳定的结论”。

在“上海某某资产经营有限公司诉建德市人民政府信息公开申请纠纷案”((2011)浙杭行初字第 82 号)中，法院开始寻求更加客观的判断标准，认为，“在省、市均制定了评估办法”，“对重大事项社会稳定风险评估的范围、原则、内容、责任主体、评估程序等都作了具体规定”，行政机关如果认为公开有可能危及社会稳定，应按照有关规定，“对可能存在的社会稳定风险进行评估，根据评估结论作出信息公开答复”。

2. 国家秘密

“国家秘密是关系国家安全和利益，依照法定程序确定，在一定时间内只限一定范围的人员知悉的事项”。《保守国家秘密法》(2010 年)第 9 条、《保守国家秘密法实施办法》(1990 年)第 4 条列举了涉密的具体事项与判断标准，但是，“保密审查所依据的标准极为宽泛，而且缺乏明确性”。《政府信息公开条例》(2007 年)第 14 条还规定了是否涉密的事前审查程序，无法确定的，应“报有关主管部门或者同级保密工作部门确定”。浓郁的保密气息弥漫在《政府信息公开条例》(2007 年)之中，这种立法趣味本身就透露出对国家秘密的极度敬畏，几乎不敢触碰。王锡锌教授断言，“当前的信息公开仍是《保密法》控制下的信息公开”。[①]

这在我们阅读的案件中也有例证。比如，“郑洪与上海市住房保障和房屋管理局政府信息公开决定纠纷上诉案”(〔2009〕沪二中行终字第 71 号)中，尽管上诉人辩解，“房产的登记变更、购买出售的资料从未有作为国家机密的情况，根据《物权法》的规定，权利人、利害关系人可以申请查询、复制登记资料，登记机构应当提供。且上诉人家的房屋不涉及政治、经济等事项，其作为落实政策问题由来已久。被上诉人系自己将公房登记资料列为保密资料，法院不能据此来审查行政行为的合法性”，但是，上诉法院还是认为，“根据被上诉人提供的证据可以认定，上诉人申请的内容系国家秘密”。我实在看不出“公房登记资料”有保密的必要。这种简单化的判断、无条件的依从，从某种意义上讲，揭示了法院功能的某种缺失。

浏览一些国家的经验，对国家秘密的判断标准，规定都很原则。也没见到哪个国家真正解释清楚其中的不确定法律概念，实质性挤压了行政机关定秘的

---

① 参见王锡锌：《政府信息公开法律问题研究》，载《政治与法律》，2009(3)。

裁量权。法院的审查也会因高度政治敏感而无法深入。这说明,通过这两条路径来为信息公开释放出更大的空间,实际上很困难,收效也很有限。在我看来,或许,提高定秘的层级,将这项权力收归省级以上,可以避免不少弊端,收到一些实效。更为重要的是,应当尽快在省级以上保密行政管理部门内部建立相对独立的信息公开委员会,判断信息是否属于国家秘密,是否允许公开,用团体主义来降低个人判断的政治风险。

3. 商业秘密

在我所阅读的案件中,法院极少阐释“商业秘密”,即便有,也是重复上述《反不正当竞争法》(1993 年)第 10 条第 2 款的规定。比如,“孟某诉上海市虹口区房屋土地管理局信息公开答复纠纷案”(〔2008〕虹行初字第 39 号)中,法院对“商业秘密”做了阐释,“是指不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的经营信息”。

是否为商业秘密,可否公开,第三人必须举证、明示态度。但这并不免除行政机关的审查义务,行政机关也必须对是否属于商业秘密做出判断,而且,即便是第三人明确拒绝公开或者消极不回复,行政机关也必须权衡利益,斟酌利害,决定是否公开。这个过程不止于内心活动,也不能简单顺从第三人判断,[①]必须详细说明理由,[②]或者邀请专家论证。

4. 个人隐私

迄今,法律没有对个人隐私下过定义,也没有做过解释。但是,法官却无法拒绝裁判。所以,我们从判案中发现了法官的判断标准,一是不向公众公开的、不愿公众知悉;二是公开后是否会对权利人生产、生活造成明显不当影响。

在“吴文其诉上海市虹口区国家税务局信息公开申请答复案”(〔2011〕虹行初字第 33 号)中,法院对个人隐私下了一个定义,“至于个人隐私,一般是指公民个人生活中不向公众公开的、不愿公众知悉的、与公共利益无关的个人信息”。并结合本案涉及的“个人印鉴”是否为个人隐私问题做了进一步的分析。法院认为,“个人印鉴为个人进行意思表示的一种确认形式,同签名一样,通过

---

① “北京北方国讯通讯有限责任公司诉北京市海淀区人民政府政府信息公开不予公开告知行政纠纷案”(〔2010〕一中行初字第 1225 号),法院认为,对于涉及商业秘密的信息,“行政机关在不作审查的情况下,径行征求第三方意见,并以第三方不同意公开作为信息不予公开的理由,于法无据”。

② 比如,“吴文其诉上海市虹口区国家税务局信息公开申请答复案”(〔2011〕虹行初字第 33 号),对涉及的“财务印鉴、企业印鉴和公司电话号码”是否为商业秘密,法院分析道,“公司电话号码作为联系方式是公司开展经营活动的条件之一,财务印鉴、企业印鉴是公司在经营活动中进行意思表示的一种确认形式,三者通过对外公开或出示,发挥其基础作用,不符合商业秘密不为公众所知悉的特征,不属于商业秘密”。

出示发挥其基础作用,具有对外性,不符合个人隐私不向公众所公开、不愿公众所知悉的特征,不属于个人隐私”。

在“俞霞金等诉宁波市鄞州区人民政府政府信息公开行政诉讼案”(〔2009〕浙甬行终字第44号)中,一审法院提出了判断“个人隐私”的一个标准,即“政府信息公开中的‘个人隐私’,应根据公开后是否会对权利人生产、生活造成明显不当影响来判断,不能将所有涉及个人的资料都列入‘个人隐私’的范畴”。因此,认为,要求公开“芝山村村民提出建房申请时的年龄”,虽对权利人有一定影响,但达不到明显程度。被告应当公开。

对于的确涉及个人隐私的信息,比如第三人与政府签订的拆迁补偿协议,从有关案件看,是否公开往往取决于第三人意愿。第三人不同意的,行政机关就不公开,法院也认可。或许,这些案件都是个人提出的信息公开申请,不涉及公共利益,所以,行政机关也不会援引《政府信息公开条例》(2007年)第23条,进一步判断“不公开是否可能对公共利益造成重大影响”。在我们阅读的这些案件中也没有出现一起案件,强制公开,“并将决定公开的政府信息内容和理由书面通知第三方”。

法院在判决中都一致强调,第三人的同意必须是明示的。正如“杨某与崇明县住房保障和房屋管理局政府信息公开决定纠纷上诉案”(〔2010〕沪二中行终字第287号)、“郑某与上海市住房保障和房屋管理局政府信息公开决定纠纷案”(〔2011〕沪二中行终字第63号),行政机关和法院一致认为,“权利人对是否同意公开的意见征询未向行政机关作答复的,视为不同意公开”。

5. 利益衡量

已确定是商业秘密、个人隐私的信息,即便第三人不同意公开,也不是绝对不予公开的。行政机关还必须衡量公开的公共利益是否大于不公开的私人利益。行政机关决意公开时,不能不给第三人第二层次的保护。

有学者主张,“不能绝对排除在征求意见阶段提起诉讼,如果起诉人有较充分的证据证明政府信息即将被公开,即可满足启动事前救济的要件”。或者在通知决定公开与实施公开行为之间设定必要的“犹豫期”。[①] 在我看来,前一种方法给起诉人的举证责任过重,后一种则不太符合行政行为生效的原理。

我以为,最合理的,就是把公开决定设计成“附期限的行政行为”。先将公开决定送达给申请人与第三人,但是,申请人须得等待一段期限之后才能获得有关信息。这就为第三人留出了足够的寻求救济的时间,使得“预防性行政诉

① 参见李广宇,《政府信息公开司法解释读本》,336页,北京,法律出版社,2011。

讼”才有意义。但期限也不必太长,因为第三人无论是提起行政复议还是行政诉讼,都可以援用“救济不停止执行”中的例外规定,说服复议机关、法院先行做出停止执行公开决定的裁定。

七、公共企事业单位的信息公开

涉及《政府信息公开条例》(2007 年)第 37 条的判案极少,从我们对上述案件的统计看,仅有 3 起。这意味着有关问题还未充分展开,可供我们深入研究的素材实在太少。从这 3 起案件看,最集中的争议就是,涉案单位是否属于第 37 条的调整对象,是否落入公共企事业单位范畴。

《政府信息公开条例》(2007 年)第 37 条所列举的“教育、医疗卫生、计划生育、供水、供电、供气、供热、环保、公共交通等”公共企事业单位,显然是开放式的不完全列举。[①] 有关规定对其他企事业单位的“公共”属性已有定论的,自然就应当属于公共企事业单位范畴。[②] 如果没有,就必须有识别标准。

对公共企事业单位的识别,不能完全采用行政主体理论,因为行政主体理论是建立在国家行政之上的,在林林总总的公共企事业单位中,或许在某种组织形态上、具体行为模式之中夹杂着法律法规授权组织,但又不完全是,它们更多的可能是涉及社会行政、给付行政范畴,是与传统行政主体很不一样的组织形态。

在我看来,之所以让公共企事业单位背负上比一般企事业单位更重的信息公开义务,一种公法上的义务,主要是因为,第一,它们的资金全部或者部分来自公共财政,或者允许行政性(或类似行政性)收费,是纳税人的钱。那么,这些资金是如何收取或使用的,以及以此为物质基础而提供的社会公共服务,要受到公法规范。所以,丹麦、日本都将“主要以公费为经营费用的”“政府出资”作为识别标准。[③] 第二,它们提供的社会公共服务,在本质上属于公共行政,更多

---

① 比如,“朱 A 与上海市黄浦区绿化和市容管理局政府信息公开纠纷案”(〔2012〕沪二中行终字第 96 号),朱 A 申请获取的内容“是原上海市黄浦区绿化管理局作为建设单位在申请建设用地许可过程中产生的文件,并非其在履行行政管理职责过程中制作或者获取的信息”,因此,无论是被上诉人还是法院都认为,“这不属于黄浦绿容局的政府信息公开职责范围”。但是,在我看来,因为原上海市黄浦区绿化管理局(现更名为“上海市黄浦区绿化管理所”),是上海市黄浦区绿化和市容管理局的下属事业单位,“系上海城墙绿地建设项目的建设方”,完全应该适用上述第 37 条。

② “中国联合网络通信有限公司南阳分公司与王聚才不履行信息公开答复职责纠纷上诉案”(〔2011〕南行终字第 78 号),一审法院根据国家工商总局《关于禁止公用企业限制竞争行为的若干规定》“已界定邮政、电讯等行业经营者属于公用企业”,直接认定中国联合网络通信有限公司南阳市分公司是《政府信息公开条例》第 37 条调整的对象,是行政诉讼上适格的被告。

③ 参见朱芒,《公共企事业单位如何信息公开》,载《中国法学》,2013(2)。

的是给付行政的内容，或者是其“拥有替代国家或地方公共团体进行决定的权限”，[①]或者是行使着政府职能（government function）、公共权力（public authority）。[②] 换个角度看，这两个理由也就构成了识别公共企事业单位的标准。要求其公开的信息一般是在公共行政的过程中，或者是在执行行政机关决定的过程中发生的。

比如，“张某诉某区房屋土地经营管理中心政府信息公开行为案”（〔2010〕西行初字第 329 号）中，某区房屋土地经营管理中心应当属于公共企事业单位，第一，它是“经区委、区政府研究决定设立的专门负责直管公房的事业单位”，“由财政直接拨款”。第二，原告申请公开的腾退安置协议是因“重修道观”、需要“搬迁腾退”而签订的，是在执行政府批准的文保项目过程当中发生的，显然具有“公”的因素。因此，即便像被告所说，“这是被告作为房屋产权人与承租人签订的协议，属于民事行为，是被告在开展自身业务时所形成的信息”，也应当依申请公开。

上述看法似乎已突破、扩展了以往流行的只从形式和内容两个标准（主体类同和职能类同）来识别的观念。[③] 细细体察，我们还会发现，上述第 37 条规定的“公共企事业单位”完全可以对接行政法上说的社会行政，尤其是具有公共管理职能的第三部门，比如，行业协会也应当履行信息公开的公法义务。

《政府信息公开条例》（2019 年）第 54 条、第 55 条对公共企事业单位的规定有比较大的修订，第一，严格区分法律、法规授权和社会行政。如果是履行法律、法规授权的职责，完全适用政府信息公开的有关要求。如果属于社会行政范畴，“依照相关法律、法规和国务院有关主管部门或者机构的规定”公开信息。第二，社会行政中的信息公开纠纷，通过“向有关主管部门或者机构申诉”解决。

八、与《保守国家秘密法》《档案法》的关系

政府信息本身是一种客观存在，不因定秘或归档而改变。但是，因为有着不同立法，被定秘、归档的政府信息在公开上似乎就呈现出了特殊性，就有了特别研究的必要。《政府信息公开条例》是国务院制定的行政法规，法律位阶不如

① 参见朱芒，《公共企事业单位如何信息公开》，载《中国法学》，2013（2）。

② David Banisar，op. Cit. 15，20.

③ 周汉华、朱芒等教授都认为，除依据国家行政机关的形式标准外，某些情况下还要依据是否行使行政管理职能或者提供公共服务的标准，只要具备行使行政管理职能或者提供公共服务两个标准中任何一个，都足以构成适用政府信息公开的条件。参见周汉华：《政府信息公开条例专家建议稿》，63 页，北京，中国法制出版社，2003。朱芒：《公共企事业单位如何信息公开》，载《中国法学》，2013（2）。

《保守国家秘密法》(2010 年)和《档案法》(1996 年)。至少有两三篇作品,[①]花费大量笔墨描述它们之间的冲突,以及对信息公开的掣肘。

在阅读上述案件过程中,我发现,不少是行政机关形成信息之后,按照有关档案规定移送到档案馆,根据《政府信息公开条例》(2007 年)第 17 条"法律、法规对政府信息公开的权限另有规定的,从其规定",要求当事人到档案馆查询。然而,从制作或获取的行政机关转手到"另有规定的"其他机关,给人隔断感,执行起来也不那么顺畅。

因此,发生这些案件的争执,也不奇怪。比如,"朱文铭与上海市杨浦区发展和改革委员会政府信息公开纠纷上诉案"(〔2009〕沪二中行终字第 165 号),是因为当事人不愿去档案馆查询,坚持要行政机关提供。"深圳市花半里花园业主委员会诉深圳市规划局龙岗分局不履行信息公开法定职责案"(〔2009〕深中法行终字第 318 号),却是行政机关认可当事人查询的要求被档案馆无理的部分拒绝。"魏某诉上海市静安区人民政府政府信息公开决定纠纷案"(〔2010〕沪二中行初字第 2 号),当事人按照行政机关建议前往档案馆要求查阅有关文件,"却被告知该文件定有密级,作为公民个人是不能阅看的"。

这是立法已有规定,在衔接上却给相对人带来了不必要的麻烦。至于实践中出现的一些误读与偏差,比如,将较为保守的同位阶或位阶更低的法规范作为特别法规范优先适用,或者以"不予公开的规定优先"为标准,[②]更是要不得的。

目前对上述各法之间的冲突与化解多以秩序行政的原理来解释,在我看来,这在根本上就选错了路径。信息公开应算是授益行政,偏向服务行政和给付行政,是向相对人提供信息的公共服务。这类活动在法规范的规制上呈现出来的特点,不同于秩序行政。

秩序行政中,良好秩序的形成,常通过侵害或限制公民权利的方式来实现,在人民主权和代议制民主下,下位法就不得与上位法抵触,最终将对公民权利的法律处分权归于法律,这才符合主权在民的思想。而在授益行政中,要充分发挥地方政府的能力,只要财政力所能及,就应最大限度地满足公众诉求,所以,上位法一般规定的是最低限度必须满足的标准,不妨碍下位法提出更高更多的授益目标。

因此,在法律适用上,当这些法律与《政府信息公开条例》规定不一致时,不适用"上位法优于下位法",而是适用"最有利于当事人原则"。这就将所有定秘

---

① 比如,刘飞宇:《从档案公开看政府信息公开制度的完善——以行政公开第一案为契机》,《法学评论》,2005(3)。

② 参见程洁:《政府信息公开的法律运用问题研究》,载《政治与法律》,2009(3)。

或者归档的信息都归拢到《政府信息公开条例》的调整范畴，只有符合条例规定的不予公开情形，才免于公开。

这尽管不能解决定秘上过宽、过泛、过于随意，但至少可以将洋溢在《政府信息公开条例》之中的便民思想波荡开来，删减不必要的衔接手续，让相对人更便捷地穿梭在这几个法律当中。当然，如果能够尽快制定《信息自由法》，扫清与《保守国家秘密法》《档案法》之间的龃龉，便会少费许多口舌，根治问题。

九、结　束　语

当前政府信息公开遇到的种种问题，归根结底，我以为，很大程度是因为我们不能准确认识这类行为的性质，依然沉溺于秩序行政的思维定式。政府信息公开，从本质上讲，是一种服务，应当在服务行政、给付行政的理路上夯实它的基础。

这就必须仔细品味其与秩序行政的不同原理，对依法行政、行政主体、行政诉讼被告等理论做进一步的批判性反思。可惜的是，对于秩序行政和服务行政（给付行政）的不同特质，迄今我们的认识还很肤浅，行政法教科书也付之阙如，或着墨不多。这折射到政府信息公开，就使得本不该成为问题的问题，却变为问题；本不该成为争议的争议，也变成了争议。

附　　录

治安承诺责任协议*
——从行政契约视角对“杨叶模式”的个案研究

目　　次

一、引　　言

杨叶镇地处鄂州、黄石两市之间的结合部，北临长江，南濒花湖，全镇面积28平方公里，辖6村，总人口2.5万多。这个原本不起眼的湖北省乡村小镇，近来因当地派出所推行以“你被哄抢、敲诈，我赔偿”为核心的治安承诺制而引起

* 本文的主要内容曾以《从行政契约视角对“杨叶模式”的个案分析》为标题发表在《中国人民公安大学学报》2000年第4期上。也曾收录到我的个人专著《行政契约论》（中国人民大学出版社2000年一版、2006年二版）。

全省乃至全国的注意,被称为“杨叶模式”。对这个收效颇好的制度的意义,人们更多的是从行政管理或者政治层面上来认识,认为其“是公安工作服务经济建设和服务人民群众的新的结合点;是公安工作提高服务质量和水平,转变服务方式的新的转换点;是提高(公安)队伍战斗力,树立公安机关良好形象的新的动力”。① 但在我看来,更加深远而重大的意义还在于法律层面。因为治安承诺完全是在行政法关系上形成的协议,不夹杂任何民事关系因素,是纯粹意义上的行政契约(administrative contract)。从制度建设角度讲,它极有可能、也应该成为更深一步拓展行政契约的规制范围的契机,也向人们展示出一个以行政契约为“可变通手段”(flexible device)来解决“非常态案件”(atypical cases)的范例,代表着行政契约的未来运用和发展方向。对其研究的结果可以促使行政法对行政契约研究的视野更加开阔,关注到纯粹行政契约的客观存在,拓深对行政契约能够在行政法领域广泛运用的理解。这也是我挑选“杨叶模式”作为对行政契约的个案研究的实例素材的主要动机。

然而,从对杨叶经验的总结上看,尽管有的同志也意识到这是一种行政契约形式,②但是,从现已见诸报端的大多数有关材料看,都未见只言片语提及行政契约,对实践中遇到的理论困惑,也没有意识地从行政契约理论上去寻求解决。这种实践游离在理论之外的现象,可以说,是目前行政契约实践中带有共性的问题,它一方面说明行政契约理论研究和传播的贫乏,不能对实践产生强烈的影响,另一方面,从增加理论的实践价值讲,也凸现出对具体行政契约形态进行个案研究的必要。而且,个案研究的意义还远不止此,由于现实生活中行政契约的具体形态纷繁复杂,普适的、高度抽象的理论模型尽管是必要的,但对于特定的行政契约来说,却很难说就是完满的、恰到好处的,因而多层面、有针对性的理论归纳和建构是非常必要的。而且,我国实践中到底存在多少真正意义上的行政契约种类,也有待于个案研究一一廓清。可以说,行政契约理论要想进一步发展,变得更加精致,在很大程度上要依赖个案研究,这也是我们今后努力的方向。本文就是为此目的而迈出的一步。

本文将首先用公共选择理论来分析“杨叶模式”现象,从中揭示其何以能够成功的根本原因(对这个问题的分析,同时也就是在回答为什么我们要签订这样的契约形式),以及推广意义,并期望进一步引申出“杨叶模式”,与目前正在

---

① 参见(鄂州)市委办公室调查组:《保一方平安,促经济发展——杨叶派出所推行治安承诺责任制的调查》,载《鄂州日报》,1999-04-24。

② 在杨叶派出所的一份报告中,以及鄂州市公安局的陈玉章在与我的通信中提到了这一点。陈玉章还为本文的个案研究提供了大量的有价值的资料和材料,在此致谢。

普遍推广的社会承诺制相较而言，更应成为我国行政改革所应关注的个案处理模式的基本结论。之后，我将解决在治安承诺制中争议最大的赔偿的性质和依据问题，并论证行政机关对法律内容的执行虽然不能有所选择，但对执行方式却能有所选择；以及承诺协议在承诺对象上的选择性，并不违反平等原则，而恰好是表现出行政契约的“非常态”处理的特性。最后，在结语中，我将对进一步完善治安承诺协议提出几点意见。

二、“杨叶模式”[①]和公共选择

据反映，1997 年以前，杨叶的治安状况很差，对企业（尤其是外来企业）、种养殖户敲诈勒索、聚众哄抢的案件接连不断，宗族械斗事件时有发生，车匪路霸肆虐，造成经济投资环境较差，在杨叶投资的客商亏的亏，走的走，严重影响了当地经济的发展。这反过来也说明，（而且有关材料也举出大量的例子说明事实也的确如此），当地警察队伍较为涣散，治安不太有力，警民关系较为紧张。正是在上述这些长期困扰企业生产经营的多发性突出治安问题亟待解决、公安形象必须改观、警民关系有待密切的背景下，随着 1997 年杨叶派出所领导的改组，因为一次为留住一位想租浅滩种湘莲又怕治安不好的湖南客商的偶然契机，产生了由派出所和企业签订治安承诺责任协议的做法。

概而言之，就是派出所与辖区单位签订治安承诺责任书（协议），明确双方的治安责任以及权利义务。派出所在被承诺单位门前挂统一制作的治安承诺责任牌，实行公开承诺，接受群众监督。责任书一式两份，由派出所和被承诺单位各存一份。承诺期限一般为一年。一年届满时，被承诺单位要对派出所上年履行承诺的情况作出评价。如双方同意，还可续签责任书。

治安承诺责任协议实施以来，在改善治安秩序、形成良好的经济投资环境、加强公安队伍建设、塑造公安形象等方面都收效明显。我们可以举出两组统计数据来说明。一个是以往多发性的企业被敲诈、哄抢、强迫交易等违法犯罪活动已近绝迹，1997 年仅发生此类案件三起，比 1996 年下降 97%，1998 年仅发案一起，且迅速得到处理，并向企业赔偿了损失。另一个是 1997 年、1998 年连续两年省、市综合治理小组来杨叶派出所检查群众满意率，结果都是，95% 的被抽

---

① 以下对“杨叶模式”（治安承诺责任协议）的介绍，是在鄂州公安局 1999 年 3 月编辑的题为《实行治安承诺，确保一方平安》的鄂州市杨叶派出所事迹材料汇编，以及载《鄂州日报》（1999 年 4 月 24 日）的由鄂州市委办公室调查组撰写的题为《保一方平安，促经济发展——杨叶派出所推行治安承诺责任制的调查》两个材料的基础上，按照我对该制度以及行政契约的理解，整理而成。

查对象表示满意。“杨叶模式”成功了,并产生了社会轰动效应,被誉为“是非经济部门服务经济建设、支持改革开放的一项创举,值得各级各部门认真学习,积极推广。”[①]目前对杨叶经验的总结也正在进行之中。“杨叶模式”的成功固然是“杨叶所自定高标准,自我加高压”的结果。但是,在我看来,这样的结论还过于把问题简单化。或许从公共选择理论(public choice theory)角度更能洞察其中的原因,准确地理解推广“杨叶模式”的条件,甚至还有可能引申出对我国当前行政改革的主题取向的基本结论。

公共选择的方法对于行政规制的革新是非常有价值的。英国学者麦考斯兰(P. McAuslan)就说过:“撒齐尔(Thatcher)政府实行的行政改革是建立在公共选择理论上,尽管不总是非常明确。”[②]其实,英国自 1979 年,特别是梅杰(John Major)当政以来,公共管理的种种变革都可以从公共选择(choice)角度来获得理解。其中,用公共选择理论来解释英国的“公民宪章”运动(the Citizen's Charter programme)就是一个比较成功的范例。对我们来讲,更有意义的是,尽管英国的“公民宪章”运动不是或不一定是采取行政法意义上的契约方式,但其所表现出的行政内容却和治安承诺有着实质的近似,内在的机理也是类似的。[③] 因此,用公共选择理论来剖析治安承诺制,也应该是没有问题的。

从新古典经济学(neo-classical economics)中汲取了思想养分的公共选择理论,[④]也同样注重用经济学的方法和技术来研究社会或非市场的决策,从市场角度对政府行为概念化(conceptualisation)。其中一个最基本的观念是,如果无时无处不存在彼此竞争的服务提供者(service provider),并能在他们之间选择,这将会是对提高质量的最好刺激。但正像皮里(M. Pirie)所分析的那样,在公共领域,缺少有效的消费者压力,生产者处于支配地位(domination)。而公共服务通常又是在垄断或者近似垄断的状况下运作的事实,更加加剧了上述已存

---

① 参见《鄂州日报》(1999 年 4 月 24 日)的两则报道,一个是题为《发挥名牌效应,推广杨叶经验》的新闻报道;另一个是中共鄂州市委和市人民政府于 1999 年 4 月 21 日发出的《关于开展向杨叶派出所学习活动的决定》。

② P. McAuslan, “*Public Law and Public Choice*”(1988)51 MLR 681. Cited from Carol Harlow & Richard Rawlings, *Law and Administration*, Butterworths, 1997, p. 129.

③ 被梅杰(John Major)称之为“1990 年代公共生活中的中心内容之一”的“公民宪章”,也是将公共服务的标准告诉公民,并接受公民的监督,以期提高公共服务的质量。在这一点上和治安承诺制相同。但它不是采用与特定公民签订契约的方式,而是用社会承诺的方式。具体情况参见第一编第二部分关于社会承诺制与行政契约的介绍。关于英国“公民宪章”的情况,Cf. Carol Harlow & Richard Rawlings, op. cit., pp. 129, 144-148.

④ 公共选择有着四个方面显著的理论来源,即新古典经济学、数理政治模型(mathematical political models)、社会契约理论(social contract theory)和杰弗逊的行政管理思想(the ideas of Jeffersonian administration)。Cf. Carol Harlow & Richard Rawlings, op. cit., p. 130.

在的不均衡(imbalance)。这就意味着,缺少经常不断的刺激超越对手的动力,或者从竞争对手那里学习有价值的革新和实践的动力。[1] 其结果是,公共服务的质量在有些场合下就难免会表现出不如人意。杨叶在1997年之前就是这样。不管是当时有些民警明里上班、暗里从事第二职业也好,还是村民因不满而把派出所进出的路给挖了、电给断了、车给推走了也好,都可以看作是公安工作服务质量不高的直接或间接的反映,从根本上看,是治安管理的垄断性排斥竞争的结果。

而要想公共服务质量的提高,又涉及公共选择研究的另一个重要结论,即在竞争可遇不可求之时,征询服务使用者有关服务的种类和水准的意见,不失为解决问题的好办法。也就是说,不再用提供者的目光,而是用使用者的眼睛来审视服务的水准,用从下到上、而不是从上到下的方法来决定服务的质量。[2] 因为在公共选择论者看来,政治和公共管理的水准实质上是公民理性选择的结果。因此,问题的关键,用皮里(M. Pirie)的话说,就是“要给政府服务的消费者—公民配置一些权利,从效果上能够作为和其在私人市场(private market)所拥有的权利一样的替代物”。[3] 具体而言,就是首先必须肯定公民有权获得某种水准的服务,作为其纳税的等价报偿。所以,根据消费者的需求来确定服务的品质,应该是顺理成章的。其次,要将服务的标准公之于众,因为公民有权知道其能获得什么样水准的服务。最后,在不能兑现承诺时为公民提供一定的救济。这样,就如同置身于市场一样,通过消费者的压力来提高供给(supply),来形成类似“竞争”的压力。而面对外在的压力,又能激发出或者转化为促进政府提高效率和服务质量的内在动力。

“杨叶模式”的成功之处,就在于抓住了当地群众反映强烈、亟须解决的两类多发性案件——敲诈勒索和聚众哄抢,在法律职责之上向相对人作出更高水准的服务承诺,即如果在被承诺单位发生这两类案件,派出所将赔偿由此给单位造成的一切直接财产损失,并通过契约赋予相对人在派出所不兑现承诺时要求赔偿的权利。此举一出,对派出所工作的压力是可想而知的。拿他们自己的话说,就是“承诺不是一诺百了,一诺就灵,承诺后面是大量的、经常性的繁重而又艰苦的工作”。从有关材料的介绍看,事情的发展,正像上面理论分析所预料的那样,自我营造的外在压力很好地转化成内在提高服务的动力。它激发的不

---

① Cf. M. Pirie, *The Citizen's Charter*, London: Adam Smith Institute, 1991, pp. 5, 7-8, 23. Cited from Carol Harlow & Richard Rawlings, op. cit., p. 146.

② Cf. Carol Harlow & Richard Rawlings, op. cit., p. 145,147.

③ Ibid., p. 146.

仅仅是对治安承诺目标本身的实现的努力,甚至还激发了对完善行政组织运行管理[①]以及改善整体社会治安状况[②]的努力。[③] 因为后两个方面能够为承诺协议的实现营造良好的氛围,创造出先决条件,因而是至关重要的。就像鄂州市公安局一位负责人说的,"推行这一做法(治安承诺制)既需要较好的社会治安基础,又需要有较强的责任感,否则包不下来"。这就使得"杨叶模式"的意义更加深远,因为在这里,承诺协议实际上就变成为带动方方面面工作的一个契机,一个始发点(a starting point)。甚至我们还可以说,承诺协议的提出,对于行政内部的组织和工作制度的建设,对于全局性工作都是有效益的,具有"牵一发而动全身"的效应。在我看来,这是杨叶经验中最具有价值的部分,对于以后的制度建设来说,也是非常值得仿效的一点。

"杨叶模式"的意义还远不只这些,结合目前在行政机关普遍推行的社会承诺制来看,它们都是在公共服务还必须保持公共拥有的垄断的情景下,寻求替代竞争法则、以求提高服务质量的一条行之有效的出路,共同构成今后行政改革的主题和方向。而且,我觉得,相较于一般的社会承诺制,[④]"杨叶模式"的意义要更加重大。因为"杨叶模式"能够在向公众普遍承诺的条件不成熟的情况下就问题最突出、要求也最迫切、条件也最具备的方面先行突破,有所收益,并能带动全局方方面面工作的根本改观。因而这种个案处理模式也就更具价值,更值得关注。

但也要清楚地看到,"杨叶模式"这方面的意义实际上也从某种程度限制了"杨叶模式"的推广。或者更准确地说,是道出了在仿效"杨叶模式"时要特别注意解决或模拟的客观条件。"杨叶模式"是以打击敲诈勒索和聚众哄抢案件为

---

① 杨叶派出所加强了内部的组织建设,建立一系列工作机制和制度,如"责任区民警工作制度""值班与接处警制度"和"工作例会制度"。他们非常形象地把这方面努力的成效总结为两个转变:即实现了由以前的(民警)办餐馆、办旅社到办公、"端饭碗"的转变,由以前的软、懒、散到爱岗敬业、求真务实和严格执法的转变。

② 在这方面,杨叶派出所主要采取了两个措施:一是加大了打击违法犯罪的力度,实现社会治安由乱到治的转变。据统计,1997 年共发刑事案件八起,比 1996 年的二十二起下降 63.6%,1998 年仅发刑事案件四起,比 1997 年下降 50%。二是健全各级治保、保卫组织,改变民警到基层工作"无脚"的状况。全乡不仅建齐了治保会,配备了治保主任,还建立行业联防组织七个,成立治安室三个,有各类治安保卫人员 134 人,初步形成了点守(治安室)、线防(巡逻队)和面控(行业联防)相结合的覆盖社会面的群防群治网络,为承诺的兑现奠定了良好的治安基础。

③ 鄂州市公安局的陈玉章在与我的通信中,也认为,"从综合作用来看,杨叶治安承诺责任制的推行与其单位的队伍建设、公安基层基础工作、严打斗争等其他业务工作形成相互依存、相互促进、良性互动的关系,共同推进了派出所工作的全面发展。"

④ 从广义上讲,"杨叶模式"也是一种社会承诺制的形式,只不过它是采取契约的方式有选择地向相对人的承诺;而一般意义上的社会承诺多是以内部规则订定服务标准和范围,并向所有辖区居民公布,并提供所承诺的服务。

承诺的核心，并作为带动整个公安工作转变观念和提高服务的基础，和赔偿的事实理由，因而能否实际上抑制两类案件的发案，或者尽快地全部破案，就变得至关重要，关系到治安承诺能否最终实现。而这在小小的杨叶镇却相对来说是比较容易做到的，因为社区（community）范围较小，社区居民关系简单，而且较为紧密，较为熟悉，就使得案件的因果关系明确，对象明确，查处条件也较好。这是“杨叶模式”之所以能在提出这些看起来要求很高的标准之后又能够获得成功的根本原因。假设杨叶派出所承诺的不是这两类案件，而是带有不易捕捉的、不易控制的可变因素的案件，比如，牵涉流动人口作案问题，那么也许就是另外一种情况，就极有可能变成把“紧箍咒”带在头上就再也摘不下来了，自己营造的压力不但不能转化为顺畅的动力，却反而最终把自己压垮。再进一步说，如果在别的部门，比如交警或城建，推广“杨叶模式”时，即使注意到了前面所说的承诺的可行性问题，但却不能恰到好处地筛选出群众对本部门行政关注的“要点”，那么，同样也会“东施效颦”，收效不佳。这样的研究结论或许是大出人们意料之外，对当前方兴未艾的学习“杨叶模式”的热潮似乎是不啻当头一盆冷水，但却并不意味着在别的部门不能取得类似“杨叶模式”的成功，而是意在提醒对承诺条件的关注。

三、赔偿的性质和依据

众所周知，整个治安承诺协议当中的核心内容，也是“杨叶模式”中最具创造性的地方，就是派出所向企业承诺的，在本辖区内如果被敲诈勒索或者哄抢，违法犯罪所造成的直接财产损失，将由派出所负责赔偿。但同时也是对治安承诺协议持截然相反观点的人们聚讼争执之所在。那么，这种赔偿是不是像有些对治安承诺制抱怀疑态度的同志所担心的那样“在法律上是否站得住脚、行不行得通”？还是像支持治安承诺的同志所说的“这个赔偿虽然在法律上没有具体规定，但签订了责任状，（就）成了行政责任”呢？在现代法治和依法行政（the rule of law）理念下，“杨叶模式”要想在法律上成立，取得合法性认可，就必须克服在赔偿的法律依据问题上的争论点。

“杨叶模式”中的赔偿，从损害产生的原因行为看，是违法者的敲诈勒索或聚众哄抢的直接结果。但从赔偿的具体承担上看，[①]却是转化为派出所的“工作

① 根据治安承诺责任协议的约定，责任赔偿以支付赔偿金为主要方式。能够返还财产或恢复原状的，予以返还财产或恢复原状。当然，在赔偿时要分清赔偿责任，对因派出所工作不到位而造成的损失，派出所予以赔偿；对当事人过错造成的损失，派出所酌情赔偿或不予赔偿；对案件发生后，被承诺单位不及时报案，发现证据、线索、对象拒不提供，隐瞒事实真相的，不予赔偿。对发生的敲诈勒索、哄抢案件造成的直接财产损失，经派出所调查核实后，先予赔偿。

不到位”,套用赔偿法上的概念来讲,有点类似法定权限不作为(non-action)的国家赔偿责任。但这种责任在大多数案件(能够破案的情况)中却实际上是一种替代责任(vicarious liability),最终的责任仍然由违法者来承担,派出所只是“先予赔偿”。但也不排除派出所实际承担的可能性,因为从理论上讲不能绝对保证每案必破,或者即使破案,但也不能保证每个违法者都具有清偿能力。所以,这种责任实际上是很特殊的一种责任形式。

我们说这种责任近似法定权限不作为的国家赔偿责任,是因为在形式或现象上看,既然派出所赋有维护辖区社会治安秩序的职责,现在发生了敲诈勒索或聚众哄抢的违法犯罪案件,好像也可以理解为派出所的不作为或不积极履行职责造成的。但问题绝没有这么简单。因为单从组织法上规定的职责看,是极其宽泛和抽象的,而在现实社会中发生在上述职责辐射范围内的违法行为却可能是大量的、频繁的。如果承认行为与结果之间有着如此的因果关系,那么在客观效果上会使政府承担过高的义务(put the duty too high),而不堪重负,也会使得国家赔偿责任范围无限扩大。因此,国家赔偿法理论上一般不承认上述情况会产生国家赔偿责任。对其中具体理由的解释,在德国有“客观之法之反射利益”(Reflexwirkung des objektiven Rechtes)和“主观公权”之区别的理论,在英国有“公共义务原则”(public duty doctrine)。

“客观之法之反射利益”(Reflexwirkung des objektiven Rechtes)和“主观公权”之区别理论为德国学者詹宁雷克(Georg Jellinek)所创。他在其名著《主观公权体系》(*System der subjektiven oeffentliche Rechte*, 1892)一书中指出,如果公法法规仅为公共利益,命令国家机关为特定作为或不作为的场合,并不对特定个人产生主观权利或主观公权(subjektiven oeffentlichen Recht),也就是法秩序本身并没有扩张特定个人权利范围的意思。上述作为或不作为的结果,对于特定个人来讲,只是承受因法规的反射权所得的利益,即法的寄生物(Rechtssparasiten),也叫做法的反射效果(Reflexwirkung des objektiven Rechtes)。如果是这种利益受到损害,那么由于不具有公法上的请求权,也就没有请求赔偿的可能。值得注意的是,近年来,“反射利益”有着逐渐“公权化”的趋势,但这也并不意味特定个人就能直接据此要求国家赔偿。[①] 受德国理论

① 德国行政法理论认为,只有在公法中明确表示特定个人能够请求政府赋予利益时,也就是享有主观公权时,才有请求赔偿的可能。但还必须结合“裁量收缩”(Ermessensschrumpfung),也称“裁量消减”(Ermessensreduktion)理论来具体判断。也就是说,光有主观公权还是不够的,还必须表现为特定个人的生命、身体、健康等法益有具体危险之急迫性,而且,行政机关对这种危险结果的发生明知或可得而知,也就是具有预见的可能性,并能防止该损害结果的发生,社会对被害人要求行政机关行使该项规制权限的期待也认可,这时,行政机关对是否行使该权限的裁量权收缩至零,换言之,其不行使将构(接下页)

影响,日本和我国台湾也采相同态度。①

在英国,尽管在违背法定义务之诉讼(action for breach of statutory duty)上情况异常复杂,但仍然要问一下法条中义务(duty)的性质是为一般公众利益而设的呢,还是对特定个人而设。②看看议会是否给了特定个人能够导致损害赔偿要求的诉讼的理由,是不是要求行政机关对特定个人负有注意的义务(duty of care)。③英国法官阿特金(Atkin)在 East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent(1941)(A. C. 74, 88.)案的判决中更是对"公共义务原则"作了较全面的阐述,他指出:"当法律赋予行政机关权限时,行政机关虽有依法作为的义务,但这个义务是对国家或公众所负的义务,并非对公民个人所负的义务时,公民个人很难说就此取得了要求行政机关作为的权利,也不能因行政机关怠于行使其权力就取得损害赔偿权。"④这个理论对于警察权限的行使意义非常重大,因为对于警察行使 1964 年及 1976 年警察法(the Police Law)中规定的警察权的义务,英国法院根据上述理论判决该义务是对公众所负而非对个别市民所负的义务。⑤对行政机关来说,与"公共义务"相对应的权力就是纯粹的权力(mere

(接上页)成裁量权的滥用,而要承担相应的赔偿责任。参见罗明通:《英国行政法上法定权限不作为之国家赔偿责任》,见《宪法体制与法治行政》(城仲模教授六秩华诞祝寿论文集,第二册,行政法总论),433~434 页,特别是注 1、3,台北,三民书局,1998。还可参阅王和雄:《论行政不作为之权利保障》,台北,三民书局,1994。德国法院的判决也显然运用了上述理论,例如,尽管联邦政府知道出于对申请人的利益保护必须尽快对其申请作出答复,但仍迟延答复,这时,就要承担赔偿责任。Decision of 23 March 1959, 30 BGHZ 19. 还有一个获得赔偿的判例是,当事人完全符合条件,而且也明确提醒行政机关,如果迟延发放驾驶执照,会给其事业造成损失,但行政机关仍然迟延履行职责。Decision of 29 Nov 1954, 15 BGHZ 305. Both Cases cited from Mahendra P. Singh, *German Administrative Law: in Common Law Perspective*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 1985, p. 143.

① 例如,我国台湾地区"最高法院"72 年度"台上字"第 704 号判决,80 年度"台上字"第 605 号判决以及 81 年度"台上字"第 2649 号判决都认为,台湾地区"国家赔偿法"中所说的"公务员怠于执行职务",是指被害人个人对公务员为特定的职务行为有公法上的请求权,经其请求行政机关执行,但行政机关竟怠于执行,致使其自由或权利遭受损害的情形。如果公务员执行职务专在增进或保护社会公益,对特定个人只是反射的利益,对于这种职责的不履行,特定个人无公法上的请求权,因而要求国家赔偿也就无从谈起。

② Cf. H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, *Administrative Law*, Oxford University Press, 1994, p. 785.

③ Cf. David Foulkes, *Administrative Law*, Butterworths, 1995, p. 489.

④ 转引自罗明通:《英国行政法上法定权限不作为之国家赔偿责任》,见《宪法体制与法治行政》(城仲模教授六秩华诞祝寿论文集,第二册,行政法总论),433~434 页,台北,三民书局,1998。

⑤ 在 R. v. Metropolitan Police Commissioner, ex p. Blackburn(1968)(2 Q. B. 118)案中,法官戴维尔(Edmund Daview)就说,"执行法律之官吏(the law enforcement officers)仅对公众负有执行其功能之法律义务。"在 Hill v. Chief Constable of West Yorkshire(1987)(2 W. L. R. 1126)案中,法官福克斯(Fox)也说,"警察镇压犯罪(to suppress crime)之义务并非通常之义务。警察对社会各个成员(individual member)不负犯罪调查之法律上义务,因之,警察在可能逮捕犯罪者之情形下,纵然怠于逮捕(failed to apprehend in circumstances when it is possible to do so),亦不对个人负损害赔偿责任。"转引自罗明通:"英国行政法上法定权限不作为之国家赔偿责任",见《宪法体制与法治行政》(城仲模教授六秩华诞祝寿论文集,第二册,行政法总论),433~434 页,台北,三民书局,1998,特别是注 1、3。

power),行不行使,是行政机关裁量的结果,对特定个人不产生必须行使的法律义务。英国最高法院在 1940 年的 East Suffolk Rivers Catchment Board v. Kent and Another 案的判决中清晰地表明了这一点。[①]

从我国司法审判上看,也不单纯取决于法律规定的对公众的职责是否没有履行,而必须通过受害人对行政机关一再申请其履行上述职责,转化为对特定个人的职责不履行时,才构成法定职责的不履行。我们可以从张珠钦等诉福建省闽清县璜乡人民政府不履行法定职责案、[②]王宗孝诉连云港市规划局不履行规划管理职责案 [③]中清楚地看到这一点。换句话说,如果缺少特定个人向行政机关提出具体请求这一将抽象职责具体化、个别化的转换过程,行政机关也决不会因现实中发生属于其管理职责的违法行为,就概无例外地承担赔偿责任。"杨叶模式"中的情况原本也应该是这样的,也就是客观上发生敲诈勒索或聚众哄抢的案件,本来并不必然地导致派出所的赔偿责任,但却被人为地、刻意地建立了赔偿责任上的因果关系。

上面,我之所以不厌其烦地介绍和分析法定权限不作为的国家赔偿责任,无非是想论证"杨叶模式"中的赔偿无论在国家赔偿理论还是现行法规定上都是没有依据的。也就是说,这种责任绝不是法定的责任,而应该是,(也是我接下来要论证的),约定的契约责任。如果这个结论可以成立,那么将肯定会对整个国家赔偿理论、特别是实在法的结构产生冲击。行政机关通过契约方式为自己设定的行政法上的另一种非法定的责任形式,将在国家赔偿的框架中得到应有的确认。这或许是研究"杨叶模式"中的赔偿性质所引申出的更加深远的意义之所在。

如果我们把这种责任理解为行政契约责任,我们马上就会碰到派出所签订这种契约是不是有法律上的依据或授权的问题,因为这直接关系到契约在法律上能否真正成立。而且,从依法行政、特别是全面法律保留原则(Totalvorbehalt oder unbeschrankter Gesetzesvorbehalt)的要求看,提出行政机关在签订契约时应当

① 在该案中,因河流水位突然高涨,冲破河堤,淹没原告肯特(Henry Kent)等人的农场及建筑物。法院认为,被告水库管理委员会(East Suffolk Catchment Board)虽然依据英国 1930 年《土地排水法》(The Land Draining Act, 1930)之规定被授权处理相关事务,但这只是单纯的权力而非法律义务,行不行使,和怎样行使,是被告的裁量权力。

② 参见林准主编:《行政案例选编》,北京,法律出版社,1995。在该案中,乡政府依据《婚姻登记办法》第 5 条规定负有办理结婚登记的义务,但在原告符合条件,提出结婚申请,但受到夫家和村干部的无理阻挠时,被告却以种种理由推脱履行上述职责。

③ 参见最高人民法院中国应用法学研究所编:《人民法院案例选》(行政卷),北京,人民法院出版社,1997。在该案中,根据国务院《城镇个人建造住宅管理办法》(1983 年)第 6 条、《城市规划法》(1989 年)第 40 条之规定,规划局对辖区的建筑行为负有管理职责。据此,原告以其邻居未经批准擅自建筑楼房而严重影响其采光、通风的合法权益为由,要求被告履行上述法定职责,但被告实际上未能履行。

要有法律依据的要求，也是很自然的。① 但令人尴尬的是，目前还找不到这样的法律依据。那么，怎么解释这个问题呢？这只能反而求诸行政契约理论。从目前已成定论的行政契约理论来看，依法行政的一些理念在行政契约问题上必须相应地重新整合，特别是在法律依据上。② 尼尔豪斯(Michael Nierhaus)就指出：“如果契约是作为一种依其本性(by its very nature)来讲就含有(presuppose)事实或者法律上的不确定性的解决方法，那么行政合法性原则(the principle of legality of the administration)就可以不必被严格遵守。在这种情形下，对法的严格坚持(strict adherence to law)不得不让位给实用性的理由(reasons of practicability)。那么，只要公民自愿同意接受政府的干预，或者自愿履行服务，那就没有理由阻止行政机关签订具有这种效果的契约。”③田中二郎也指出：“以往通说认为，公法上的契约只限于法律上有特别明示认可的情况下才能成立，这只是将公法上的契约当作要受法律上拘束的行政行为的一种形态来考虑的结果。但是，公法上的契约和行政行为是不同的范畴，从其对等的意思合致而成立的特殊性考虑，每个契约都和私法上的契约一样，不要求明确的法律根据，这样的解释才是妥当的。”④因此，缔结行政契约的权利没有必要必须由法律明文规定，当然，至少要能在法律(尤其是组织法中)找到根据(basis)，也就是没有越权(ultra vires)或为法律的目的和意义所禁止(prohibition resulted from the object and meaning of the law)。

紧接下来的问题是，派出所能不能在行政契约中为自己设定较严厉的责任，为相对方创设权利，或者反过来，对相对方课加义务，扩大自己干预的理由？这也是行政契约中一个带有共性的问题。比如，在英国，对于地方政府在土地规划(planning field)上使用契约权力来限制或规制土地的使用和发展，就有人以“双方同意也不能使规划机关有权强加那些原本属于越权的条件”(consent cannot empower a planning authority to impose conditions which are ultra vires)为由，对上述实践的合法性向上诉法院(the Court of Appeal)提出质疑，

① 提出这个要求是很自然的，特别是将行政契约当作一种行政行为来把握时，更是有说服力。而且，从历史上看，在德国和日本也一度要求行政契约只有在法律有明文规定时才能成立。甚至直到20世纪50年代，日本还有支持这种学说的判例。神户地方法院洲本支部1953年11月11日判决就指出：“公法上的契约，是以公法上的效果发生为目的的契约，只有法令特别承认时才允许其缔结。”见，下级民集第4卷第11号，1650页。参见杨建顺：《日本行政法通论》，519页，及注43，北京，中国法制出版社，1998。

② 关于行政契约与依法行政的关系的进一步论述，参见余凌云：《论依法行政理念在行政契约中的贯彻》，载《中国人民公安大学学报》，1998(1)。

③ Cf. Michael Nierhaus, “*Administrative Law*”, Collected in Werner F. EBKE & Matthew W. Finkin(ed.), *Introduction to German Law*, Kluwer Law International, 1996, p. 96.

④ 田中二郎：《行政法总论》，252页，东京，有斐阁，1957。

但结果却大出意料,法院裁决这种规划协议(planning agreements)的使用是合法的。[①] 英国的这个判例至少从实例上证明了不是不存在上述可能。结合本案,我觉得还可以从以下两方面来寻求支持的论据,一方面,从前面提到的公共选择理论上分析,行政机关自订较高服务标准,能够更好地刺激内在动力的激发。因而上述约定有着管理效率上的合理性。另一方面,从行政契约理论上看,只要是在个人有权放弃自己的权利的限度内,合法性要求(requirement of legality)就可以放缓(relax)。但权利的放弃(waiver of rights)只有在为个人创设一个法律权利、而且是个人完全自愿处置、并不违反禁止连结原则(the principle of Koppelungsverbot)的条件下才被允许。[②] 以"杨叶模式"为例,虽然在协议中发案单位的治保人员被要求必须以最快速度报警,并积极提供嫌疑人员,协助查处。凡发案不报、知情不报者,也要承担一定的经济责任,但另一方面,作为对价,企业却取得了要求赔偿的权利和要求限期破案的权利。[③] 因此,结论应该是肯定的。

既然"杨叶模式"无论在依据问题还是契约内容上都不存在问题,而且,虽然在"杨叶模式"中更多的是派出所的主动承诺,但从本质上讲,仍然是派出所和企业彼此合意的结果,而且外观或形式上表现为签订双方协议的方式,[④]因而其作为一种行政契约形态也应该是成立的。而这个结论的结果当然是上述责任必然为行政契约责任。

如果是这样的话,在现行行政财政体制下,很自然会产生一个非常实际的问题,就是赔偿的钱从哪来?因为即使最终责任由违法者来承担,但至少存在着由派出所先行承担的可能。杨叶派出所为此专门建立了经费保障制度,就是将辖区内的机关、团体、企事业单位和个人的自愿捐款,根据国务院预算外资金管理的有关规定,纳入财政预算外资金管理,作为治安基金,这就使得赔偿的承诺更加现实。

四、选择法律的执行方式是否允许?

还有一个虽然在有关材料中没有提及、但在我看来是很重要的法律问题,也就是对于法律的执行方式是否有选择的余地?因为在治安承诺协议中,除了

① Cf. H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, op. cit., p. 803.

② Cf. Mahendra P. Singh, op. cit., p. 52.

③ 在治安承诺协议中,派出所要求责任区民警对于被承诺单位发生的被敲诈、哄抢的一般案件,应当在三至五日内查处,对案情复杂的疑难重大案件,最长不超过一周,如果不查处或查处不力,扣发责任区民警当月工资的20%。

④ 形式上有无契约条款(cahier des charges),是判断行政契约的一项重要指标。当然,也不能单凭这一点,就能断定,还必须结合其他因素,特别是看内容形成的整个过程中是否存在协商合意。

赔偿承诺外，还有三项内容，一是被承诺单位发生刑事案件或治安灾害事故，派出所接到报警后，保证用最快的速度赶到现场处置，并协同刑警等警种开展侦破和查处；二是派出所协助被承诺单位妥善处理该单位内部及周边单位、居民的关系，积极调解矛盾，维护社会稳定，为企业创造良好外部环境；三是帮助被承诺单位建立和健全内保组织，制定安全防范措施，发挥治保积极分子的作用，确保单位内部安全。[①] 这三项承诺其实在公安部1988年1月15日印发三局“关于改革城市公安派出所工作若干问题的意见”和1989年5月25日转发“关于解决城市公安派出所工作改革中几个问题的意见”的通知中都已有规定。[②] 既然如此，或许有人会提出派出所只需照此办理，“按单抓药”，才比较符合“依法行政”的要求，无须、也不能采取什么承诺或契约方式。这种观点对于执法的内容来讲无疑是正确的，但对于执法的方式却未必是正确的。上述规定，甚至大多数的法律恰恰规定的都是关于执法的内容。现代行政契约理论认为，只要法律中没有要求必须以行政机关的指令或命令（direct or order）、行政行为（administrative act）或者从属立法（subordinate legislation）的方式执行法律中的规定，也就是，从某一法律条文的本意及目的，或者按整个法律的体系来解释，不能得出采取行政行为是惟一可行的行为方式时，就暗示着（imply）给行政机关留有很大的选择执行方式的裁量空间，也就不排除行政机关可以根据自己对执法环境和条件的判断而选择订立行政契约的方式。而且，据说，选择行政契约作为行政作用的方式，也越来越成为行政机关的一种偏好，甚至成为现代国家中一个普遍（universal）而又日渐增多（growing）的现象。[③] 因为行政契约

---

① 在这方面的具体要求是，在被承诺企业普遍建立厂长（经理）治安保卫工作职责，保卫科（人员）工作职责和奖惩办法，门卫制度、值班制度、会客制度等一系列规章制度。派出所民警要对被承诺单位情况了如指掌，要与该单位法人代表或保卫干部经常取得联系，定期到被承诺单位传达上级精神，通报治安情况，特别是对治安隐患及时提出整改意见，加强具体防范措施。如发现不按期走访被承诺单位，不指导、督促、落实防范措施，扣发责任区民警当月的警衔津贴，造成严重后果，影响企业正常生产的，根据情节报上级处理。

② 在公安部1988年1月15日印发三局“关于改革城市公安派出所工作若干问题的意见”中，就明确派出所的基本任务有：“对辖区内公共复杂场所与地段、特种行业、企事业单位和要害部位以及居民区，实行以块块为主的治安管理，预防、减少犯罪和治安灾害事故”；“开展以治保会为主体的多层次的群防群治工作。组织好治安联防、治安巡逻、护厂、护校、护店活动以及居民高层住宅楼房的公寓式管理，预防犯罪，保障安全”；“侦破和协助侦破本辖区内发生的刑事案件”等。在1989年5月25日转发“关于解决城市公安派出所工作改革中几个问题的意见”的通知中又进一步确认了派出所“对街道企业、小型企事业单位以及中小学校的治安秩序和内部安全，应负责检查和监督”；要“就地侦破和协助侦破发生在本辖区的和涉及本辖区的一般刑事案件，协助市局、分局侦破重大案件”；“要充分发挥派出所动员、组织群众维护社会治安的能力，发挥治保会、治安联防等多种形式群防群治组织的整体防范功能，组成多层次严密的治安防范网络，以逐步建立和完善社会防范机制”。

③ Cf. Mahendra P. Singh, op. cit., p. 54.

具有诸多传统行政行为所没有的长处,比如,它能够增加行政透明度和公民参与行政的程度,产生行政机关与人民之间合作的模式;能够在立法不完备或其他场合下作为实现政府政策目标的手段而替代立法;能防止法律纷争的发生,并能适当地考虑个案的特殊性,[①]等等。

五、承诺的兑现会不会使企业内部放松管理?

从都匀市公安机关的赔偿承诺实践(是以规范性文件方式向社会的公开承诺,而不是采取杨叶这样的行政契约方式)的讨论看,其中一个担忧就是"承诺会不会使企业内部放松管理",反正被偷、被抢都有公安机关来赔,企业还操什么心?从承诺的落实上看,是不太可能出现上述问题的,因为现有的治安学理论研究已经表明,社会治安秩序的维持是绝不可能完全靠公安机关来独自完成,必须调动社会各方面的力量,包括相对人的积极参与。不然我们还要花那么大的劲搞综合治理干吗?那么,在像杨叶与都匀市公安机关那样"自加压力"、主动承诺的情况下,更不可能不强化、细化企业的安全防范责任,否则,根本就承诺不下来。正因如此,赞成都匀市公安局承诺实践的同志在回答上述问题时指出,"承诺是要求公安机关和企业都主动去抓防范,最终达到防患未然、企业安全、发展经济的目的"。[②] 同样,在杨叶模式中,企业也不是光光享有治安承诺协议带来的好处,作为对价,还必须承担一定的责任,比如,建立厂长、经理治安保卫工作职责,保卫科(人员)工作职责和奖惩办法,门卫制度、值班制度、会客制度等一系列规章制度,并且在发生哄抢、敲诈案件后,企业治保人员要以最快速度报警,提供嫌疑人员,协助查处案件。

紧接下来的问题就是怎么在公安机关与相对人之间划分责任。如果只是简单地说,"公安机关不主动抓防范,责任在公安;企业不按要求抓防范,公安机关是不包赔偿的",那么,这样的结论可能还过于简单、单薄。在我看来,承诺协议实际上是在派出所与企业之间共同追求良好的治安秩序的基础之上,根据各自的社会角色,合理地分担彼此的责任,划分彼此的权利义务。因此,不能不注意调动与发挥相对人在社会治安中应有的角色作用,也决不能假借协议之际将公安机关的法定职责推卸出去。他们之间的权利、义务、责任的安排也应该是循着这样的路径去解决。

---

① Cf. Peter Cane, *An Introduction to Administrative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1992, p. 256. 又参见石井升:《行政契約の理论と手续——补助金契約を题材にして》,6 页,东京,弘文堂,1988。

② 段小勇:《不能有这种承诺吗》,载《人民公安报》,2000-05-15。

六、平等原则和“非常态”处理

杨叶派出所最先是和外来投资者、私营企业、易被敲诈、哄抢的各类市场签订治安承诺责任协议，后来，逐渐扩展到包括各类企业、个体工商户、机关、学校、建筑运输、装饰装潢、地材市场、大型工程等各种单位或个人。但时至今日，也不是和辖区内所有的企业签订治安承诺责任协议。从有关经验的总结上看，在承诺对象上恰恰是反对搞“一哄而起”，而主张本着重点突出、量力而行、循序渐进、先易后难的原则有所选择。对那些治安环境复杂的企业，则要先创造条件，待取得经验后再行承诺。据统计，截至目前，派出所也只与57家企业和种养殖大户签订了治安承诺责任协议，占全镇企业、种养殖大户的76%。当然，签订的数量也有着努力扩大的趋向。但不管怎么说，毕竟还有比较大比例的企业没有和派出所签订治安承诺责任协议，这也意味着他们暂时还享受不到治安承诺制所带来的好处。那么，这些企业在“失意”之余，会不会抱怨治安承诺制有悖法律面前人人平等的基本原则？派出所“对症下药”的结果，是不是也会引申出执法的不公平对等的问题？

源自宪法上的平等原则(Gleichheit，equality)也同样构成行政法上的一项基本原则。有关研究表明，平等原则，无论从形式法治还是实质法治来理解，都具有一定的规范性意义，如果违反该原则，在诉讼意义上也都会产生一定的后果。如果从形式法治概念看，平等原则作为“客观法原则”，能够拘束行政权的行使，也就是能使行政机关受到一定的拘束。对公民来讲，相应地就具有消极主张行政机关不得违反平等原则的“诉权”意义，也就是具有防御性的请求权，但是，在这里，平等原则虽然可以作为诉权的内容，但仅属“形式的无法律瑕疵裁量或判断请求权”(das formelle subjektive Recht auf rechtsfehlerfreie Ermessensausubung bzw. Beurteilung)。如果从实质法治观念来理解，平等原则作为“主观基本权”的平等权，可以推衍出公民的主观公权利，此公权利的内容，不但可构成行政诉讼“诉权”的内容，并可请求行政机关为特定给付内容，也就是请求行政机关为特定内容之决定，因此，也叫“实质的无法律瑕疵裁量或判断请求权”。[1]

① 参见李惠宗：《论平等原则对行政裁量之拘束》，见《宪法体制与法治行政》(城仲模教授六秩华诞祝寿论文集，第二册，行政法总论)，台北，三民书局，1998。在本文分析中，我也借鉴了李惠宗博士的研究结论。据我理解，之所以对平等原则的规范性意义作这种划分，实际上反映了法治观念由形式向实质的转变过程中存在的两种不同形态，是对平等原则的规范性意义的递进的理解，而且，正如李惠宗博士在研究中指出的，平等原则只有由客观法规范过渡到主观公权利性质时，平等才不是空洞的口号。

在“杨叶模式”中,虽然从法定职责上讲,派出所原本没有向相对人承担上述赔偿的义务,企业原本也不能提出这样的要求,但是,既然派出所以签订契约方式给予了辖区内部分企业上述权利,那么,它就应该“相同事情,为相同对待;不同事情,为不同对待”。假设上述问题能够成立,也就是派出所对相同事情、相同案件的裁量结果是不同的话,那么,就像德国学者詹宁雷克(Georg Jellinek)所说的“警察权逾越自定的裁量界限”(Uberschreitung der von der Polizei sich selbst gesetzten Schranken)。[①] 对于那些“具有相同条件”而被派出所暂时拒绝的企业来说,就可以引用平等原则要求派出所给予相同的给付,表现为一种“利益均沾的要求”(Gebot gleicher Begunstgung)。这样,从平等原则中就会衍生出一种请求派出所为特定给付内容,即签订契约的权利,即“衍生分享请求权”(derivatives Teilhaberecht)。退一步讲,即使我们仅承认平等原则只具有客观法规范的作用,那么这些企业也至少能取得要求派出所也同样拒绝与其他企业签订契约的防御性的请求权(Abwehranspruch)。

但仔细推敲起来,却会得出相反的结论。“杨叶模式”中之所以派出所要承诺赔偿,其本意并不在于对相对人施惠,或者说是一种利益的给付,因为赔偿是本着“谁造成损失谁赔偿”的原则,破案后由责任人承担,所以,从结果上讲,派出所实际上在经济上是解脱出来的。当然,我也不否认,在理论上不排除在特定情况下(比如,案件没有破获时)会出现这种给付利益的结果,但调查表明,这种假设的结果至今还没有发生。

承诺赔偿的目的,其实主要是期望通过这种自我营造的外在压力来形成刺激内在勤勉工作的动力,用他们的话讲,就是“派出所先赔偿企业的损失增强了民警破案的急迫感”。也就是,通过一定的努力,包括完善相关的制度和采取有效的措施,也就是进行一定的成本投入,达到抑制和及时解决上述两类案件的效果。因此,赔偿的承诺实际上是维持治安秩序的承诺。如果从这个角度讲,对某些企业的承诺,并不意味着,而且事实上也的确不是,对其他未承诺的企业的治安秩序的放弃,因为派出所依然要为维持这些企业所在区域的治安秩序而付出努力。只是在承诺的企业中,因为治安环境和社区关系较为简单,通过一定的努力就可以实现上述良好治安秩序的预期,也就是具有承诺的条件。但是,如果我们将同样的成本投入到那些治安环境和社区关系比较复杂,也就是所谓的“承诺条件暂时不具备”的地方,那么,可以预计是根本无法取得同样的效果的。如果硬要取得,或许需要更大的成本投入,而这又是从派出所目前的

---

① 转引自李惠宗:《论平等原则对行政裁量之拘束》,见《宪法体制与法治行政》(城仲模教授六秩华诞祝寿论文集,第二册,行政法总论),台北,三民书局,1998。

状况看根本无法做到的。因此，从客观条件和成本投入上看，也不能简单地将承诺的企业和未承诺的企业看作是“相同事情”或“相同案件”，而要求“相同对待”或“相同处理”。平等原则在这里也就没有适用的前提和可能。当然，对于同样具备条件的企业，行政机关就有义务创设出“要件上的平等”（Gleichheit der Vorraussetzungen），使其都有权与派出所签订承诺协议，而且这种请求权如果遭到拒绝，可以寻求法律上的救济。

在对象上的有所选择，而不是遍及全部，并根据具体对象的不同而为弹性规制，恰恰表现出是尼尔豪斯（Michael Nierhaus）所说的“公法契约是适合解决非常态案件的灵活工具”（Public law contracts are a flexible device suitable for atypical cases），[①]表现出有针对性的个案处理的特征。而行政契约的这种“非常态”或个案处理的特征，与通过行政行为进行整齐划一的、非个性的规范制约，更能获得具体的妥当性。[②] 因此，行政契约的这种特性在很多的场合的具体运用上都被发挥得淋漓尽致。比如，在公害防治上针对特定区域的污染种类和状况，根据企业具体情况的不同，直接约定其必须采取的必要的防治措施和对策，例如烟囱高度、燃料基准、设施构造基准、公害防除设备、生产项目及数量、每日总排烟量及排水量等，而为弹性规制。[③] “杨叶模式”也不例外。上述承诺协议对承诺对象有所选择，也同样体现着这种特性，是在认真鉴别客观条件和精细的成本核算基础上所作的理性选择，同样也是根据规制对象的不同而作弹性规制。而且，就是在已被承诺的企业当中，契约“非常态”处理或个案处理的特点也依然应该是存在的，也就是，承诺协议应该而且必须因为不同的企业在周边的治安环境上存在或多或少的差别，在约定的防范措施和具体制度上有所不同，进而反映为双方的权利义务具体内容上的差异。

七、结束语：“杨叶模式”的进一步完善

“杨叶模式”中最具有法律意义的是其给我们提供了一种纯粹意义上的行政契约形态，但也正是在契约的形态上，还存在着，或可能存在着不为人们所意识到的问题，而且这些问题也不是无关紧要的，因为它们直接关系到承诺协议中的契约特征存在与否的问题，甚至从更深远的意义上讲，还关系到行政契约

---

① Cf. Michael Nierhaus, op. cit., p. 95.

② 参见南博方：《关于煤气奖励契约的法律问题》，载《行政与经营》，第3号。转引自杨建顺：《日本行政法通论》，533页，北京，中国法制出版社，1998。

③ 关于公害防止协定的详细介绍，参见刘宗德：《日本公害防止协定之研究》，载《政大法学评论》，第38期。

制度进一步发展的问题。

首先,作为一种契约,在形式上应该是派出所和企业为双方当事人之间的协议,尽管为了执行契约,有必要在契约中更进一步约定彼此组织内部的有关人员的具体职责,就像杨叶派出所所长、责任区民警和企业治保人员之间建立的系列责任制,从契约理论上讲,也不是不可以,但是,这些并不意味着派出所与企业内部职员,或者企业与派出所警员之间会因此发生直接的责任关系,作为契约不实际履行的责任主体仍然只能是契约中的双方当事人,也就是说,如果派出所民警没有按期破案,那么对外承担责任的应当是派出所,同样,如果企业治保人员发案不报或者知情不报,那么对外承担责任的主体也应当是企业。在对外清偿责任之后,如果要追究内部职员的责任,则可以各自进行。之所以要解释上述责任的层次性,是因为从有关“杨叶模式”的经验总结看,上述责任之间本来应有的层次感却没有在承诺协议中清晰地体现出来。

其次,契约的本质在于合意,行政契约的“非常态”处理的效能也体现在根据不同的情景和不同的对象以彼此约定的方式来做弹性规制。正因为此,尽管目前从有关的材料中还没有明显地表现出在签订契约上采取统一的形式和内容,但也没有明确的区别对待的意思表示,所以,提出对上述问题的关注,依然是有必要的。因为如果忽视不同企业周边治安环境可能存在的差异,而采取同样的防范措施,也就是用同样的契约内容和形式套用各种不同的情况,不但行政契约的个案处理的长处显现不出来,甚至极有可能在订立契约时排斥与相对方的协商,而滑向单方行政行为。如若这样,不但与行政契约为双方合意缔结的本质不符,而且也违反现代法治国家的“依法行政”原理。

最后,但不是最不重要的,建立解决纠纷的程序(complaints procedures)应成为进一步完善“杨叶模式”的重要内容。尽管到目前为止,至少从有关材料中没有反映出有任何纠纷的发生,这或许更可能是制度实施初期比较谨慎的缘故。从行政救济的调查结果看,也许也不排斥其中的部分原因,是由于相对人与派出所所处的权力服从关系使得相对人即使有不满也不愿“诉诸公堂”。(当然,这是从其他个案中的经验上类推出来的结果,也许这个结论在“杨叶模式”中不适用。)但更为关键的,在我看来,在很大程度上可能是因为行政机关没有为相对人提供客观公正而又有效的救济途径。因为从理论上推测,不太可能不

会发生任何的纠纷。法律救济途径的建立,对相对人来讲,当然对于其权利的保障具有实际的利益。但是,从更深远的意义上看,也是从对行政契约制度之所以迄今不发达的原因的研究结论上看,[①]“杨叶模式”要想进一步得到推广和发展,加倍关注法律救济途径的结构,意义至关重大。而法律救济制度的完善,又会反过来进一步促进包括治安承诺责任协议在内的行政契约制度的发达。

① 根据吴庚博士的研究,行政契约在行政法领域中,遭受忽略,稽其缘故与法律救济途径的结构,关系最为密切。参见吴庚:《行政法之理论与实用》,385～386页,台北,三民书局,1996。

游走在规范与僵化之间*
——对金华行政裁量基准实践的思考

目　　次

一、引言：实践的缘起

可以说，美国学者戴维斯（K. C. Davis）的《裁量正义：初步分析》（*Discretionary Justice：A Preliminary Inquiry*）是英文文献中第一本有关行

* 本文是我主持的北京市哲学与社会科学"十一五"规划项目"北京市行政执法自由裁量权问题研究"的阶段性成果，也获得了2007年教育部"新世纪优秀人才支持计划"资助。本文的主要内容曾发表在《清华法学》2008年第3期，并被中国人民大学书报资料中心复印报刊资料《宪法学、行政法学》2008年第9期全文转载。浙江省兰溪市公安局吴益中局长、金华市公安局法制处林忠伟处长为我提供了大量的一手材料。国务院法制办青锋司长提供了大量关于行政执法监督和责任制方面的文件和研究材料，上海市工商局李孝猛博士也提供了一些实践部门制定的裁量基准资料。在写作过程中，正在Utrecht University攻读博士学位的洪延青和清华大学法学院的管君帮助我收集了大量的资料。在此一并致谢。

政裁量的书,有着广泛的学术影响。在他的学说中,突破了以司法为基本立场的传统理论构建模式,而是以行政规则的制定(rule making)为中心展开对自由裁量权的控制,外散性地与裁量过程的公开(openness of discretionary processes)、监督(supervision)和审查(review)等发生勾连,形成一个蛛网状的控制系统。① 他不厌其烦地反复说道:“行政裁量的程度通常应受到较多限制,一部分限制可以由立法者来做,但大多数任务要靠行政官员来完成”(the degree of administrative discretion should often be more restricted; some of the restricting can be done by legislators but most of this task must be performed by administrators),“限定裁量权的主要希望不在于立法,而在于更加广泛的行政规则的制定”(the chief hope for confining discretionary power does not lie in statutory enactments but in much more extensive administrative rule-making)。②

不管戴维斯的理论后来受到了怎样的批判,但他在 20 世纪 70 年代就敏锐地觉察到了这种必然会发生的移动。从美国的行政法发展经验看,对行政自由裁量权的控制的确也出现了从传统上的“传送带”(transmission belt)向“专家知识”(expertise)模式的转变,尽管这在斯图尔特(Richard B. Stewart)看来仍然是过渡性的、非终极的转型。

在我国,近年来,在“以人为本”“执法为民”的要求下,在规范行政执法、推行行政执法责任制的运动中,对行政自由裁量权的控制,也开始自觉地走上了行政系统内的、通过行政政策的规范路径。这种实践有一个统一的“标识”,就是裁量基准的制定与实施。③

裁量基准的实践可谓如火如荼、方兴未艾。江苏省从 2003 年起在南京、盐

---

① 雷斯(Reiss)有过类似的评价。他说:“戴维斯以规则的制定为限定裁量的主要手段,以裁量过程的公开为建构裁量的主要方式,以监督和审查为制衡裁量的重要方法。”(Davis relies on rule making as the principal means for confining discretion, on openness of discretionary processes as the major means for structuring discretion, and on supervision and review as the major means for checking discretion.) Cf. Carol Harlow & Richard Rawlings, *Law and Administration*, Butterworths, 1997, p. 106.

② Cf. K. C. Davis, *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*, Louisiana State University Press, 1969, p. 55. Cf. Carol Harlow & Richard Rawlings, op. Cit., p. 104.

③ 郑州市的实践叫“罚款阶次制度”。该制度主要有两大部分组成。第一部分是划分阶次和基准。就是按照违法行为的事实、性质、情节、社会危害程度和当事人主观过错等因素,将每一个罚款项目对应的违法行为划分为特别轻微、轻微、一般、严重和特别严重五个阶次,特殊情况下也可以划分为三个、四个阶次。第二部分是自由裁量阶次适用规则,主要包括制定的依据,适用的对象、原则,不予处罚、从轻处罚、减轻处罚、从重处罚的程序规定和责任追究等。参见江凌:《规范行政执法自由裁量权 建立行政处罚裁量基准制度》(在第六次全国地方推行行政执法责任制重点联系单位工作座谈会上的讲话),http://www.chinalaw.gov.cn/jsp/contentpub/browser/contentpro.jsp?contentid=co999996010-,访问时间:2007 年 3 月 1 日。在我看来,这实际上就是裁量基准,无须另造名词。

城、南通、连云港等市相继开展了规范行政执法自由裁量权试点工作,在2007年10月召开的全省市县政府依法行政工作会议上明确要求全省各级行政执法部门要推行行政处罚基准制度。辽宁省政府下发了《关于规范行政处罚自由裁量权工作的实施意见》,在沈阳、大连、鞍山、丹东、朝阳等五个市和部分省政府部门建立了联系点,要求试点的市和省政府部门在2007年12月31日前全面完成行政处罚自由裁量权指导标准的制定工作,于2008年1月1日起全面实施,其他的市、部门自2008年5月1日起全面推开。北京市政府在2007年7月制发了《北京市人民政府关于规范行政处罚自由裁量权的若干规定》,明确要求各市级行政执法部门制定本系统行政处罚自由裁量权的统一规范,根据涉案标的、过错、违法手段、社会危害等情节合理划分裁量等级。河北省在2007年召开的省全面推进依法行政工作领导小组第二次会议,专门对建立行政处罚裁量基准制度工作进行了研究,提出先在依法行政示范单位试点,积累经验,逐步推广。①

当然,发生上述转型的原因和背景不同。在美国,由于社会急剧变化发展,迫使议会向政府大量批发立法权。立法规制的低密度,连锁性地造成了司法审查的疲软,引发了司法审查的空洞化,依靠立法授权和司法控制合力作用的"传送带"运转失灵,必须依赖"专家知识"来补强和润滑,通过行政规则来提升司法审查的强度,使司法主导的社会重新运转起来。② 而在我国,却是在社会公众对行政执法的要求不断攀升和行政改革逐步深化的相互作用之下,行政机关加快了内部执法规范化建设的产物。但从总体上看,有一点却是共同的,它们都是在民主宪政迅猛发展的烘托、渲染和鼓噪下,催生出的一种质的变化——对行政自由(freedom of administration)的控制发生了由他律向自律、由外在到内在、由被动到主动的转移。

---

① 参见江凌:《规范行政执法自由裁量权 建立行政处罚裁量基准制度》(在第六次全国地方推行行政执法责任制重点联系单位工作座谈会上的讲话),http://www.chinalaw.gov.cn/jsp/contentpub/browser/contentpro.jsp? contentid=co999996010-,访问时间:2007年3月1日。

② 从美国控制行政裁量的思想发展脉络看,"专家知识"模式似乎只是一个"匆匆过客",小憩之后,继续向着"利益代表"模式蹒跚前行。但是,经过对各种模式的一番批判之后,斯图尔特(Richard B. Stewart)最后得出的结论似乎有些悲观,他说:"迄今为止,针对行政自由裁量权所产生的问题,尚未出现一个普遍的解决方案——无论是从程序机制角度看还是从权威性的决定规则角度看。"参见斯图尔特:《美国行政法的重构》,沈岿译,189页,商务印书馆,2002。日本学者从行政过程论的视角提出,由于社会事项的复杂化与行政活动的高度专业化,行政机关藉由将法律具体化的行政基准去筹划、规范相关行政事项或进一步规范法律欠缺或规范不够完备的行政领域,毋宁已经成为常态。并称之为"行政过程的中间阶段",意指行政机关于行政过程中制定行政基准并将行政活动阶段化,藉以确保行政活动的公平性以及提高行政活动的预测可能性,从而保障人民权利。参见大桥洋一:《行政法——现代行政过程论》,2002年2月初版二刷,第273页。转引自王志强:《论裁量基准的司法审查》(东吴大学法学院法律系硕士班硕士论文)。

在中国要谈裁量基准的实践，就绕不开金华。它最先觉悟，并付之行动。金华实践受到了媒体的关注、追捧和炒作，[①]也因上级领导的重视、肯定，通过经验交流等形式影响了很多地方的公安机关，在公安系统迅速推广开来。裁量基准，作为一种实践，已"星火燎原"；[②]作为一种范式，对后来的立法发生作用；[③]作为一种研究对象，也已进入了学者的视野。[④]

金华市公安机关之所以会想到要裁量基准制度，是因为他们感到实践中执法随意、裁量不公现象，因利益驱动而滥施罚款，还比较突出。他们还发现，个案监督、好差案件评比、执法检查等这些常用监督方式都属于事后监督，不能从源头上防止滥用自由裁量权，所以，有些执法上的问题就像痼疾那样，"年年出现，年年整改，却得不到根本解决"。他们就像戴维斯（K. C. Davis）一样，[⑤]发现"执法不一致"通过裁量基准就能够很容易得到解决。因此，金华市公安局决定从 2003 年 4 月开始，在全市公安机关开展行政处罚自由裁量基准试点工作，从裁决前对自由裁量权的行使加以控制。

那么，什么是裁量基准呢？实践中所说的裁量基准，是"裁量基本标准"的简称（吴益中语）。因实践常以行政处罚为规范对象，所以，一般也依此下定义。具体而言，"是行政执法主体对法律规定的行政处罚自由裁量空间，根据过罚相当等原则并结合本地区经济社会发展状况以及执法范围等情况，细化为若干裁量

---

① 2004 年 2 月 4 日，金华市公安局在进行一年时间的试点后，正式下发了《关于行政处罚自由裁量基准制度的意见》。以后又陆续出台了赌博、卖淫嫖娼、偷窃、无证驾驶、劳动教养、违反互联网营业场所规定等违法行为裁量基准意见。周星亮：《金华警方：推行阳光新政》，载《时代潮》，2004（13）；《浙江金华公安自我削权彰显合理行政》，载《法制日报》，2005-10-20。

② 其他行政领域，比如工商，也有类似的实践。甚至连纪委、监察和检察院也采用这种思路来预防行政执法上的腐败。

③ 原来的《治安管理处罚条例》（1986 年）规定的警察行政自由裁量权的幅度比较大，比如，行政拘留 1 天至 15 天以下，没有根据不同的行为，以及不同的违法程度进行规定。考虑到治安拘留的处罚，涉及公民人身自由的限制，在适用上十分慎重。《治安管理处罚法》（2005 年）把治安拘留处罚，按照不同的违法行为、违法行为的不同性质，区分为 5 天以下，5 天至 10 天，10 天至 15 天。参见《治安管理处罚法：宽严适度 程序严格 处罚规范》，2005 年 8 月 28 日，人民网，http://www. southcn. com/law/fzzt/seventeenth/seventeenthzaglcff/200508300272. htm。访问时间：2007 年 3 月 1 日。实际上这种通过分格分档的方式对行政自由裁量权进行控制的设计并不新颖，据说是从浙江金华公安局为代表的裁量基准实践中汲取的。参见《自由裁量基准制值得推广》，2005 年 9 月 21 日，金华新闻网，http://www. jhnews. com. cn/gb/content/2005-09/21/content_503917. htm，访问时间：2007 年 3 月 1 日。

④ 比如王天华：《裁量标准基本理论问题刍议》，载《浙江学刊》，2006（6）。朱芒："日本《行政程序法》中的裁量基准制度——作为程序正当性保障装置的内在构成"，收入应松年、马怀德主编：《当代行政法的源流——王名扬教授九十华诞贺寿文集》，1040～1052 页，北京，中国法制出版社，2006。

⑤ 戴维斯（K. C. Davis）"惊诧于移民部门决定的不一致"，认为"通过使用标准化表格就能很容易地纠正过来。这些表格以基本规则形式体现移民部门的政策。"（This could be easily rectified by the use of standardized forms. The forms would embody immigration department policies in the shape of rudimentary rules. ）Cf. Carol Harlow & Richard Rawlings, op. Cit. , p. 101.

格次，每个格次规定一定的量罚标准，并依据违法行为的性质、情节、社会危害程度和悔过态度，处以相对固定的处罚种类和量罚幅度，同时明确从轻或从重处罚的必要条件的一种执法制度。”[①]有关规范性文件的名目可谓琳琅满目、不一而足，比如，“自由裁量权实施办法”“裁量指导意见”“自由裁量实施细则”，等等。

从宽泛的意义上讲，裁量基准是以规范行政裁量的行使为内容的建章立制，一般以规范性文件为载体，是较为程式化的、结构性的、相对统一的思量要求，而不是执法人员颇具个性化的、经验性的、甚至是随机的算计。它是沟通抽象的法律与具体的事实之间的一种媒介和桥梁，更像是为了贯彻执行法律而实施的“二次立法”，其效力范围或许仅及于一个微观的行政执行领域，只限定在特定行政区域与特定行政部门之内。

从世界范围看，有“裁量基准”概念的不多，比如，德国、日本、韩国和我国台湾地区。后三者还在《行政程序法》中专门规定了裁量基准制度。[②] 但是，没有“裁量基准”概念，不意味着没有类似的控制技术。美国是在“非立法的规则制定”（non-legislation rulemaking）中讨论类似的问题。英国人是在行政政策中涉及这个问题，这是架构行政权行使方式的一个重要路径。[③]

尽管我们也采纳了“裁量基准”的概念，但是，从金华的实践材料和文本中，我没有发现任何的只言片语，提及或暗示它和德国、日本的“裁量基准”、美国人的“专家知识”之间有什么思想渊源或者制度承继关系。由于资料的极度匮乏，加上语言障碍，我们对德国和日本的“裁量基准”实在是知之甚少。我们很难想象，金华的实践者们如何能够从德国、日本或者美国的实践中借鉴到一些什么？不知“葫芦”为何物，如何才能画“瓢”？所以，我强烈地怀疑，金华的“裁量基准”或许只是概念移植，具体做法却完全是一个本土化的、自然生成的事物，反映了

---

① 参见江凌：《规范行政执法自由裁量权 建立行政处罚裁量基准制度》（在第六次全国地方推行行政执法责任制重点联系单位工作座谈会上的讲话），http://www.chinalaw.gov.cn/jsp/contentpub/browser/contentpro.jsp？contentid＝co999996010-，访问时间：2007 年 3 月 1 日。金华有关规范性文件中对行政处罚自由裁量基准的解释是，它“是对法律规定的行政处罚自由裁量空间，根据过罚相当原则并结合本地经济发展和社会治安实际情况，理性分割为若干裁量格次，确保处罚种类、量罚幅度与违法行为的事实、性质、情节、社会危害程度相当。”

② 日本《行政程序法》（1993）第 5 条第 1 款规定：“行政厅为了依据法令的规定判断是否给予申请请求的许认可等，应制定必要的基准。”第 12 条第 1 款“行政厅对于根据法令的规定判断是否作出不利益处分或作出怎样的不利益处分，必须努力制定必要的基准。”韩国《行政程序法》（1996 年）第 20 条第 1 款亦规定：“行政机关应依处分之性质，将必要之处分基准尽可能详细地决定并公告之。变更处分基准时亦然。”我国台湾地区“行政程序法”〔1999〕第 159 条第 2 款规定：行政规则包括“为协助下级机关或属官统一解释法令、认定事实及行使裁量权，而订颁之解释性规定及裁量基准”。

③ 早些年，我在研究警察使用枪支和警械问题时，苏格兰警察学院的 Ronni Beattie 曾帮助我收集了大量的有关英国警察使用枪支的规定，基本上都是英国警察机关自己规定的行政政策（policies）。

中国实践部门的智慧，但在效用上又与西方殊途同归。[①]

在我国，裁量基准只是近些年来才时兴起来的一种创新举措，还没有普及到所有行政机关、所有行政领域，行政法理论对它的关注也很不够。[②] 但它却是行政法理论和实践的一个很重要的新增长点。我觉得，从实现法治主义的进路看，裁量基准实践无疑应当进一步扩大适用到所有行政领域、所有行政事项，应该成为今后我们政府法制建设的一个工作重点。

在本文中，我将对金华的裁量基准实践做文本分析。在我看来，裁量基准的制定，实际上凝练了地方与部门的智慧，通过文本的分析，我们能够非常强烈地感受到这一点，也能够进一步体会到抽象原则的法律是如何通过裁量基准比较贴切（或不贴切）地适用到不同地方，其间会产生什么样的变化。

我力图探讨的问题主要有：第一，设定裁量基准要不要成为一项行政机关的义务？第二，从落实法治主义的角度，裁量基准要不要进一步扩大适用范围，成为推动我国法治建设的一个主动力和主战场？第三，也是最关键的，裁量基准制度中有哪些控制行政裁量的基本技术？是如何运用的？该注意什么？有什么不足？第四，基准的形成程序有无改进的余地？效力如何保证？最后，也是最重要的，如何在规范与僵化之间寻求一个“黄金分割点”，拿捏到“紧张”又“活泼”？

二、设定基准是一种义务吗？

至少从金华的实践看，没有把设定基准当作是一种法定的、不得不为之的义务，而是发自行政机关内心的把工作做得更好的热情，把它当作一种行政创新来尝试。最终它也是变成一种具有示范效应的成功经验而被推广。在法律上从来也没有课加行政机关这样的法律义务或者责任。那么，我们就有必要进一步追问：在我国宪政结构之下，作为立法机关的执行机关，为有效贯彻法律，行政机关是否就应当、也必须有义务设定裁量基准呢？还是说，只要赋予行政机关一种努力义务就可以了呢？

---

① 为证实我的猜想，我专门询问过吴益中局长和林忠伟处长。他们表示，在制度设计之初是听说过“裁量基准”这个概念，但在制度的设计上却是独创。

② 以裁量基准为选题的研究比较少，王天华的《裁量标准基本理论问题刍议》（《浙江学刊》，2006(6)）、朱芒的《日本〈行政程序法〉中的裁量基准制度——作为程序正当性保障装置的内在构成》（应松年、马怀德主编：《当代行政法的源流——王名扬教授九十华诞贺寿文集》，1040～1052 页，北京，中国法制出版社，2006），恐怕是最早涉猎这方面的比较有分量的作品。王贵松有一个学术随笔《行政裁量标准：在裁量与拘束之间》（《法制日报》2005-06-13 日第六版）。后来，周佑勇也撰写了一篇论文《裁量基准的正当性问题研究》（《中国法学》，2007(6)）。

1. 为什么应该是一种义务?

在现代社会中,对于日新月异、层出不穷的社会问题,立法明显感到应接不暇、捉襟见肘,也无法完全预见。更值得注意的是,如果立法要规制的对象在社会生活中是处于不断变动的,就很可能与法的稳定性产生激烈的矛盾,使得我们无法不对立法机关的规制能力产生怀疑。比如,个税起征点应该随居民消费支出和 CPI 涨幅而动态变化,近年来"修改太频繁",在全国人大常委会分组审议时就有委员提出,"起征点调整的幅度不超过某一个百分比,可以授权给国务院"。[①] 因此,"如果管理事项在政治意义上和经济意义上是变动的,如工资和价格管制,那么,在该管理问题上基本参数的经常性变化,排除了制定可以在任意长的时间内始终如一地予以奉行的详尽政策之可能性。"[②]这可以说是一个中西方皆有的共性现象。

另外,我们还不能忽视一个很重要的参数——地域参数,这是我国立法中尤其要考虑的一个主要变量。我国幅员辽阔、地大物博,各地经济、社会、文化发展不平衡,沿海发达地区与中西部差异较大,对法律的诉求也相当不同。过于刚性的、缺少伸张力的法律规定很可能会损害地方的发展、秩序的建立和对问题的处理。比如,《治安管理处罚法》(2005 年)把行政拘留的保证金一律确定为"按每日行政拘留二百元的标准交纳"(第 107 条),这对于经济欠发达、人均收入较低的中西部贫困地区,恐怕过高,当事人可能因无法交纳而事实上享受不到这份权利;对于经济发达、人均收入较高的东部沿海地区,这又嫌太低,无法阻止当事人交纳保证金之后逃避制裁。[③] 所以,地域参数决定了整齐划一是不可行的,"大规模施行'禁止授予立法权原理'是不明智的"。

因此,我们在立法上就只能"宜粗不宜细",要疏而不漏,减少内涵、扩大外延,以适应发展的不均衡与社会诉求的迥异,实现形式意义上的法治统一。所以,我国立法的一个显著特点就是,法律一般都不太长。对我国 1984 年以后主要的行政法律、法规进行统计(见下面图 12-1 与表 12-2),我们发现,在 17 部法律、法规中,条文数超过百条的只有 3 部,分别是《道路交通安全法》(2007 年)(124 条)、《公务员法》(2005 年)(107 条)和《治安管理处罚法》(2005 年)(119 条)。在洋洋洒洒的百余条中,似乎也很难把姿态万千、层出不穷的社会现象都一览无余。所以,把立法权通过裁量的形式批发给行政机关,变成了一种常态,一个必然的结果,但实际上却是不得已而为之。

---

① 《委员建议:个人所得税起征点提高到 3000 元》,http://www.nmgnews.com.cn/information/article/20071225/122186_1.html,访问时间:2007 年 3 月 1 日。

② 参见斯图尔特:《美国行政法的重构》,沈岿译,38~39 页,北京,商务印书馆,2002。

③ 详见余凌云:《公安机关办理行政案件程序规定若干问题研究》(第二版),177~186 页,北京,中国人民公安大学出版社,2007。

表 12-1

颁布时间	法律	条文总数
1979 年颁布,1982 年、1986 年、1995 年、2004 年修正	地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法	69
1982 年颁布*	国务院组织法	11
1989 年颁布	行政诉讼法	75
1987 年颁布,1998 年修正	村民委员会组织法	30
1990 年颁布	行政复议条例	57
1994 年颁布	国家赔偿法	35
1996 年颁布	行政处罚法	64
1997 年颁布	行政监察法	48
1999 年颁布	行政复议法	43
2000 年颁布	立法法	94
2002 年颁布	政府采购法	88
2003 年颁布	行政许可法	83
2003 年颁布	道路交通安全法	124
2005 年颁布	公务员法	107
2005 年颁布	治安管理处罚法	119
2007 年颁布	政府信息公开条例	38
2007 年颁布	行政复议法实施条例	66

*:1954 年还有——国务院组织法。

我们也可以做另外一种理解,做一种反推的阐释。我们假定,裁量不是非批发不可,不是在立法机关、在立法阶段不能够规定详细,不是不能够从立法技术上再细化,那么,我们就要把各地的裁量基准前移至立法阶段,通过事先广泛征求行政机关意见,以行政机关的实践经验和惯例为基础充实立法。但事实上,我们却不能够。因为地方实践的差异性、经验的多样性以及惯例的部门性,我们无法从各地的裁量基准之中再进一步抽象提炼、并总结提升为一个可以适用于全国范围的普适性规则。为了要增强法律的适应性和覆盖面,也不宜或不好这么做。所以,从这个意义上讲,由行政机关规定较为详尽的裁量基准,就变成立法延伸(遗留)下来的未竟义务,是立法机关在立法中默示授权的行政机关必须承接的任务。

从域外的经验看,日本在《行政程序法》中也把行政机关设定裁量基准作为一种义务来规定。但根据行政行为的性质,尤其是现实可能性,分成两类要求:一是对许认可,要制定基准;二是对不利益处分,要努力制定基准。[①]

① 参见朱芒:《日本〈行政程序法〉中的裁量基准制度——作为程序正当性保障装置的内在构成》,收入应松年、马怀德主编:《当代行政法的源流——王名扬教授九十华诞贺寿文集》,1043～1052 页,北京,中国法制出版社,2006。

所以,我们可以、也完全应该从这个角度来认识金华实践,它其实也就是一种微观的、以行政机关为主体的立法的地方化的过程,是一种执行过程中的创造性立法,是一种"合理化解释的活动",融合了行政智慧的再创造,实现了"因地制宜"和个案正义。

做上述这样的理解的好处是,首先,能够实现行政与立法的主动对接,通过微观"再立法",完成一个完整的法规范结构的构建,进而有效实现立法目的。其次,"批发"意味着法院对行政权的控制能力将会不可避免地受到影响。要求行政机关制定详细的裁量基准,或许是补足司法审查能力的一个有效办法。

由于裁量基准的空间是立法有意留下的,是有微观构建的可能性的。而且,行政机关在其职责所在的领域更赋有专长,在解释由其执行的法律和法规方面比法院更有优势(They have done so because agencies have more expertise in their assigned areas, and therefore are better able to interpret their statutes and regulations than are courts)。[①] 所以,由行政机关制定带有地方性的特定领域的裁量基准是完全有可能的,是不能不去做的,也完全没有理由不去做好的。这不是要不要的问题,而是怎么做得更好的问题。

可能金华实践者也认识到了这一点,在有关布置工作任务的文件中再三强调,要防止"裁量标准走过场,没有实质内容""防止裁量标准原则化,造成实际操作过程中'换汤不换药'的现象,将不同档次的违法行为给予差不多的量罚,失去了采取量罚基准工作的实际意义。"并给出了一些具体的指导性意见。

但是,这样的实践,在有些同志看来,似乎是不统一的,有点杂乱无章、各行其是,所以,它受到了批评。"各市县及其部门自行制定裁量标准,市与市、县与县之间标准不相一致,同一违法行为所受到的处罚在同一地区有差异,影响了法律实施的权威性。"[②]那么,我们怎么看待这个批评呢?

从上述的地方实践的差异性、经验的多样性以及惯例的部门性,我们应当可以理解,不同地方、不同部门依据同一部法律、同一个法律规定制定出来的裁量基准也很可能不(完全)一样。这是很自然的。即便没有上述规范的误差,在实践上依然存在着因人而异的操作误差。既然我们早已熟悉和容忍了实践操作上的裁量误差,比如,同样的案子由甲或乙来处理,很可能结果不同,那么,对于规范误差、地方性、部门性误差,又有什么值得大惊小怪的呢?更没有必要搬

---

① Cf. Russell L. Weaver, "*An APA Provision on Nonlegislative Rules?*" (2004) 56 *Administrative Law Review* 1181.

② 参见江凌:《规范行政执法自由裁量权 建立行政处罚裁量基准制度》(在第六次全国地方推行行政执法责任制重点联系单位工作座谈会上的讲话),http://www.chinalaw.gov.cn/jsp/contentpub/browser/contentpro.jsp? contentid=co999996010-,访问时间:2007年3月1日。

出法律平等对待原则来横加指责。

当然，对这种误差有着一个容忍度问题，进而决定了其合理性。一般而言，影响裁量行使的地方性因素越相似、地域越邻近，人们对误差的容忍度越低，误差就应该越小，甚至要趋向于零，这就要求我们制定的裁量基准要尽可能一致。地方性因素差异越大、地域相距越远，裁量基准之间的差异也会变大，人们对误差的容忍度也就会（也应该）越大。总之，只要是在合理误差幅度之内，都可以被容许。这也是立法默示授权之中蕴含的一种默示同意，更是裁量基准的魅力之所在。

我们倒要关心的是，可以由谁来履行这个义务？从实践看，基层行政机关对裁量基准的消费需求最为旺盛、迫切，却往往持观望态度，坐等着、甚至是期盼着上级行政机关拿出统一的规定。而上级行政机关出于行政责任、行政成本、权威性等方面考虑，希望更上一级行政机关来解决，或者尽可能拖延、推诿。其实，在我看来，裁量基准是依附在裁量权之中的，只要享有裁量权，就有权制订裁量基准，不需要法律的特别授权，行政机关可以自行判断有无制定的必要。承载裁量基准的形式也因此必然是多样的，可以是规章，也可以是规范性文件。当然，它们之间当然适用法律优位原则。

2. 为什么只能是一种努力义务？

如果我的理解没有错，在日本，对于行政许可是强制性义务，而对于不利益处分是努力义务。那么，义务和努力义务的划分依据是什么呢？是实践的不能？还是其他什么？我对这个问题相当感兴趣，但苦于资料的有限，还无法窥见个中缘由。至少从感觉上，这种划分似乎很难让我接受。

王天华博士提出了一种修正了的观点。他认为，行政法律规范没有提供“要件—效果”规定，或者虽然提供了“要件—效果”规定，但据此不足以获得处理具体行政案件所需之完整的判断标准时，行政机关负有设定裁量标准的义务。有行政裁量权而没有设定裁量标准，违反“裁量标准设定义务”，构成违法。① 在我看来，这里似乎只剩下了强制性义务。尽管加上了有关“要件—效果”的很多限定语和条件，但我还是很难接受这样的观点。

因为我们必须注意到，裁量权不得不“批发”，其实还有其他一些很重要的原因，就是我们要解决的社会问题过于错综复杂，即便是充分发扬民主，认真听取行政机关以及各方面的意见，也无法事先设定一种很精致细微的行为模式。斯图尔特（Richard B Stewart）很精确地描述了这种困境，他说：“存在争议的领

① 参见王天华：《裁量标准基本理论问题刍议》，载《浙江学刊》，2006(6)。

域和相关知识的现实状况,可能使更为具体细致的规则无法形成。政治情势可能过于交错复杂或者过于变幻莫测,以至于无法形成稳定的政策。”①比如,在很多行政机关制定的行政裁量基准文本之中仍然无法完全避免“情节较重”“情节较轻”等原则性规定,这就是一个例证。这是其一。

其二,正如哈特(H. L. A. Hart)指出的,②面对丰富多彩的社会现象,语言永远是贫乏的。有时即使立法上再三推敲、斟酌,也无法完全精确表达立法想要调整的对象及其特征,只能笼统描述其基本内涵或者大致外延。在这样的立法末梢,可以说是“强弩之末,不能入鲁缟”。行政机关能否微观“再立法”,制定出像样的裁量基准,不无疑问。

上述两种情形在立法上混杂难辨,也不大可能在立法上做明示或暗示的说明,更多的要靠事后结合实践的揣度,要在实际践行中才能发现能与不能。而且,“制定意义明确的规则需要耗费行政机关大量资源,而这些资源可能在其他地方会得到更好的利用”。③ 所以,制定裁量基准的义务,也就很难明确为一种法定的强制性义务,但我也不能接受现在的自觉自愿意义上的放任,而更主张其为一种法定的努力义务。

3. 怎么让行政机关去努力履行义务呢?

但是,或许对于不少行政机关来说,制定裁量基准是一件吃力不讨好的事。首先,这要耗费本已捉襟见肘的稀缺资源。其次,要将丰富多彩、姿态万千的社会现象都考虑到基准之中,需要有高超的技术、广袤的视野、勤勉的工作。而信息公开的要求,又会让质量不高的裁量基准招致公众的无情批判和奚落,无端让自己露怯。最后,基准具有作茧自缚的效应,会让行政机关亲手把自己装进套子中,不再滋润、油滑。因此,“努力”的义务有可能变成不努力的借口,被行政机关轻巧的腾挪躲闪过去。那么,怎么让行政机关努力去履行努力义务呢(很拗口的话)?

行政机关自我创新的内在动力自然不容忽视,金华是一个典范,但也只是为数不多的典范之一。这本身就很耐人寻味,这说明单靠行政机关的自我觉悟还是不很牢靠的。当然,如果把它变成了一项行政任务,纳入执法考评和监督的范畴,情况会有所改观。但这从根本上讲,仍然是靠行政的自我觉悟,只不过是自觉主体的层次更高,变成了行政系统的上下互动监控运作。

---

① 参见斯图尔特:《美国行政法的重构》,沈岿译,45 页,北京,商务印书馆,2002。

② Cf. D. J. Galligan, *Discretionary Powers: A legal Study of Official Discretion*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 1.

③ 参见斯图尔特:《美国行政法的重构》,沈岿译,45 页,北京,商务印书馆,2002。

依靠法院显然也不行。制定裁量基准属于抽象行政行为,要法院来解决这方面的不作为,也是相当困难的。法院对裁量基准制定的可行性和实现程度几乎一无所知,也许会不恰当地提出不可能做到的要求,超越了实际允许和可能的程度。

相形之下,依赖立法机关是可以考虑的主要方案。立法机关对管理事项能够详细具体到什么程度是能够粗略算计的,只是出于上述分析的原因而不能或不宜自己去做,这时完全可以在立法上把"接力棒"明确传给行政机关。

三、范围的拓展

在试点工作开展之初,金华的实践者还是比较谨慎的,考虑到"违反公安行政管理行为种类繁多,难以同时全部建立行政处罚自由裁量基准",他们就采取"滴水穿石"的策略,"对执法实践中经常查处的主要违法行为,成熟一种推行一种"。他们主要以三个标准来遴选案件范围:一是最容易受到人情干扰、行政干预的;二是当前公安行政处罚裁量中的热点和难点;三是容易滥用自由裁量权。最后锁定在卖淫嫖娼、赌博、偷窃、无证驾驶、违反互联网营业场所管理行为这几种违法行为。这几类案件约占金华市公安机关日常处罚量的80%以上。

一个很有意思的现象是,目前设定裁量基准的行政领域主要集中在行政处罚,也就是规定有关违法行为及其处罚,也会涉及一些强制措施,比如劳动教养和收容教育。从我目前收集到的比较系统、全面的文本(比如,金华公安局、杭州市工商行政管理局、北京市交通管理局等部门制定的裁量基准文件)看,都概莫能外。涉及行政许可的裁量基准十分鲜见,我只在安阳市城管部门出的一本叫作《安阳城管行政执法权力与责任清单》中发现了一个("安阳市城市管理行政执法局行政许可事项审核标准")。之所以实践会不约而同地选择行政处罚为"主战场"小试牛刀,恐怕与我国行政机关普遍享有较大的处罚权,其行使的合法性与正当性极易引起社会公众的强烈关注有关。

但是,从上述关于裁量基准设定义务的分析中,我们实际上已经能够很自然的推导出这样的结论——裁量基准应该推广到所有行政领域(比如行政奖励、行政收费、信息公开等),包括非要式的行政裁量。

也有学者对此表示出担忧。郑春燕博士认为,"在行政计划、环境保护、社会救助、安全预防等个案差异显著,尤其是行政主体拥有形成裁量的领域,通过

立法或制定行政规则,搭建行政裁量运作统一框架的设想就会落空。”①

但她的观点还不能完全说服我。在我看来,多中心或者填空补缺性(interstitial)的裁量都不意味着裁量的过程完全是随机的,是心血来潮的,是杂乱无章的。其中必有一些规律,把这些规律总结为一种裁量基准形式,将会促进决策的理性,增强政策的说服力。裁量基准本身就是个性化的产物,是在个性之中达到统一,是能够适应个性化要求的。因此,把裁量基准尽可能地推广运用到所有行政领域,不是不可能的,当然肯定存在着实现程度的差异。

下面,我还想从另外一个角度来分析这种必要性。在我看来,裁量基准制度作为一种行政政策(policy)或者行政规则(rule),应该可以成为我国法治建设的一个着力点和突破口,成为推动法治发展的一个重要径路。我们可以观察自1979年以来的我国法治建设的主要路径,大致可以分为三种:

(1) 围绕着《行政诉讼法》(1989年)的实施与完善,建立和加强司法对行政权的监控机制。

这是以司法为立场的法治进路。从1989年《行政诉讼法》颁布之后,行政法的立法活动、理论研究都进入了快速发展期,立法的总量和学术成果的数量都成倍增长。《行政诉讼法》(1989年)的颁布与实施,的确成为了行政法发展的一个重要“分水岭”。②

但是,在崇尚行政主导和实行“政府推进型”的社会中,法院在社会政治结构和宪政体制中的角色和地位,决定了这条进路的推动能力是有限的。行政诉讼实践一再表明,法院的审查能力和救济效果与法规范的明晰程度成正比,法规范越完善、详尽,法院审查的能力越强。在立法趋于空洞化的现实中,司法控制导向的路径很大程度上就必须依靠行政规则来补强。

(2) 强化正当程序的观念,把行政法制建设的重点放在程序建设上。

我们从1989年之后行政法领域的重要立法看(见表格12-2),从《行政诉讼法》(1989年)、《行政复议法》(1999年)、《行政处罚法》(1996年)、《国家赔偿法》(1994年)到《行政许可法》(2003年),无不是(或者主要是)程序法。我们也在践行着Justice Frankfurter所说的——“自由的历史,很大程度上就是程序保障的历史”(The history of liberty has largely been the history of the observance of the procedural safeguards)。③

① 参见郑春燕:《运作于事实和规范之间的行政裁量》(浙江大学法学院博士学位论文,2006年)。

② 参见余凌云:《行政诉讼法是行政法发展的一个“分水岭”吗?》,载《清华法学》,2008(4)。

③ McNabb v. U. S. 318 U. S. 332, 347 (1943).

以听取当事人辩解、听证为核心的正当程序，对于保障相对人合法权益、监督行政机关依法行政固然重要，但是，我们从实践中发现，纯粹靠双方在程序中的博弈似乎很难实现对行政权的有效控制，很难真正解决行政纠纷。因为面对着行政机关天然的强大优势，当事人实在缺乏有力的砝码，不能有效地讨价还价。正当程序能否奏效，很大程度上取决于行政机关是否有解决问题的诚意，是否有比较高的政策水平。[①]

但是，假如有更加客观和明确细微的规范，哪怕是行政机关自己制定的行为规则，也会使上述情况大为改观。因为行政机关自己制定的行为规则，对其本身产生了作茧自缚的效应，也为双方的谈判提供了客观的依据，能够增强当事人的抗辩能力，改善博弈的效果。可以说，规则越明晰，行政恣意越会受到挤压，裁量误差越能接近当事人的容忍度，博弈也就越能取得成效。

（3）加强行政机关内部的监督和约束机制。

“政府推进型”的法治进路，必然十分重视政府内部的监督与制约机制。近些年来，这方面的立法力度较大，陆续颁布了《行政监察法》（1997 年）、《国务院关于特大安全事故行政责任追究的规定》（2001 年）、《行政监察法实施条例》（2004 年）、《关于推行行政执法责任制的若干意见》（2005 年）、《行政机关公务员处分条例》（2007 年）等。

一个以行政执法责任制为核心的执法监督体系正在形成。各地、各部门依法界定执法职责，科学设定执法岗位，规范执法程序，建立评议考核制和责任追究制，积极探索行政执法绩效评估办法，使行政执法水平不断提高，有力地确保了法律法规的正确实施。[②]

---

① 参见余凌云：《对行政许可法第八条的批判性思考——以九江市丽景湾项目纠纷案为素材》，载《清华法学》，2007(4)。

② 公安机关还专门出台了《公安机关追究领导责任暂行规定》（1997 年）、《公安机关人民警察执法过错责任追究规定》（1999 年）、《公安机关内部执法监督工作规定》（1999 年）、《公安机关执法质量考核评议规定》（2001 年），建立了比较规范完善的制度。

截至 2007 年，全国 30 个省（自治区、直辖市）级人民政府梳理行政执法依据结果已经向社会公布，23 个省份及国务院执法任务较重的 10 多个部门开展行政执法评议考核工作。全国已有 23 个省（自治区、直辖市）政府开展了行政执法评议考核工作。有的将行政执法考核纳入本级政府目标考核体系，有的将行政执法情况作为依法行政工作考核的重点内容，有的开展执法案卷评查，结合政风测评体系和政府绩效评估，有的邀请人大代表、政协委员和企业、媒体、社会组织、公民代表对行政执法进行评议。税务、海关、质监等部门还引入 ISO9000 质量管理体系，利用现代信息管理手段，探索建立了能够即时反映执法情况的岗位责任考核方法。

据统计，2006 年下半年以来，全国税务机关通过通报批评、离岗培训、取消执法资格等形式追究了 55 258 人次的执法责任。截至 2006 年 5 月 31 日的统计，仅海关等 5 个部门在全系统就追究违法责任 274 657 人次。黄庆畅：《行政执法将严格责任追究制度 责本位代权本位》，http://sc.people.com.cn/news/HTML/2007/8/13/20070813105034.htm，访问时间：2007 年 3 月 1 日。

而当下的执法考评和错案追究,是通过加重执法人员的个人责任来发挥作用的。因此,不可避免地存在着执法的个人风险。而规则的明晰程度,与执法人员个人的执法风险是成正比的。规则不明晰,将使风险上升,使执法人员不堪重负,不敢及时、主动回应社会管理的诉求。多请示、多汇报成了转移个人风险的有效方法,但它也带来了行政效率低下、行政复议空转和错案追究的事实不可行。解决这些问题的办法,就是尽可能明确规则。通过明晰的规则,降低执法风险,促进执法考评的有效运转。

因此,在我看来,当前我们的主要问题是深层次的"规则之失",我们不乏原则层面的法律,却缺少操作层面的细致规定。规则之治,是我们擅长的,也是我们忽略的。或许,在实现法治的路径上,重新拾起"规则之治",是一种选择。规则是我们更需要的,也是我们所倚重的。

在这个过程中,我们可能会因"作茧自缚"而牺牲一些行政的便宜、灵活和有效,但我们却有很多收益。首先,降低了行政执法人员的个人责任风险,有利于调动其积极性和主动性,使执法监督考评制度真正落到实处,发挥功效。其次,在增进行政透明度和信息公开的同时,也实现了行政机关的专家知识外化,把专家知识转变为大众知识。这能够增进行政机关与相对人的良好合作,减少执行中可能产生的异议,使相对人更加信服和自觉服从行政管理,使社会、公众和媒体看到一个理性政府的形象。所有这些可以成为激发行政机关推进行政规则控制模式的内在动力。

四、控制技术

从金华的实践看,裁量基准工作的重点在于防止轻错重罚,重错轻罚以及同错不同罚和异错同罚,防止执法受利益驱动,滥施罚款。核心是要实现过罚相当。那么,他们是怎么努力做到的呢?采取了哪些控制技术?

我以金华制定的15个规范性文件为样本,通过详细阅读,试图从中鉴别和梳理出基本的控制技术。这15个样本中,"关于推行行政处罚自由裁量基准制度的意见"(包括"规范行政处罚自由裁量基准制度实施意见")应该算是全面指导性的纲要,不单是规定了对几类常见违法行为的裁量原则,而且也部署了有关的组织工作和实施步骤。其他几个则是有更加明确具体的针对对象的,是对上述意见的具体落实(见表12-2)。

表　12-2

序号	规范性文件名称
1	关于推行行政处罚自由裁量基准制度的意见
2	盗窃违法行为处罚裁量基准
3	赌博违法行为处罚裁量基准
4	卖淫嫖娼违法行为处罚裁量基准
5	殴打他人及故意伤害他人身体违法行为处罚裁量基准
6	诈骗违法行为处罚裁量标准
7	扰乱公共秩序违法行为处罚裁量基准
8	违反互联网营业场所管理违法行为处罚裁量基准
9	涉毒违法行为处罚裁量基准
10	未取得机动车驾驶证驾驶机动车违法行为裁量基准
11	醉酒后驾驶机动车违法行为处罚裁量基准
12	旅馆业工作人员违反有关规定违法行为处罚裁量基准
13	违反出租房屋管理规定违法行为处罚裁量基准
14	收容教育措施裁量标准
15	金华市公安局常见劳动教养案件期限裁量标准

1．分格

从某种角度讲，裁量之所以会在现代社会中引发诸多争议，甚至不能被公众、媒体和学者所接受，是因为仅仅凭立法授权所规定的运行格式，很可能会产生出较大的结果误差。这种误差完全超出了当事人和社会公众能够容忍和承受的程度。裁量基准的实际功效是降低实践操作中可能出现的结果误差、地区误差和部门误差的幅度。分格就是一个比较容易想到的，也比较直截了当、简单明了的技术。

分格技术是在法律规定的比较大的裁量幅度之间，再详细地均等或者不均等划分为若干小格，同时，分别明确每个小格对应的违法行为及其情节。分格不是静态的、纯粹数理意义的划分，把一定的幅度再平均或者随机地划分为几个等分（或部分）。法律意义上的分格必须要与法律要件结合在一起，具体搭建裁量决定的形成路径。

有关要件和考量因素有的时候在法律上是已经规定好了的，但在很多情况下却是没有规定或者规定比较含糊，必须靠实践部门去发现、阐释、提炼和总结。确定之后，还必须按照公众和社会能够接受的结果，进行合理的排列组合。从这个意义上说，这个过程可以说是一种微观的立法活动，必须大量融入实践的经验和智慧。

因此，我们大致可以把分格技术分成两种类型：一是执行性的，二是创造性

的。所谓执行性的,就是在法律上已经规定好的“法律要件+量罚”的裁量结构之中,通过解释法律要件,进一步分档、细化量罚的幅度。所谓创造性的,就是在法定的裁量结构之中,加入了实践部门认为很重要的考虑因素,多是酌定考虑因素,再与处罚效果勾连,重新组合成一种新的裁量路径。

以《治安管理处罚法》(2005 年)第 70 条规定的赌博为例,该条规定:“以营利为目的,为赌博提供条件的,或者参与赌博赌资较大的,处五日以下拘留或者五百元以下罚款;情节严重的,处十日以上十五日以下拘留,并处五百元以上三千元以下罚款。”金华在《赌博违法行为处罚裁量基准(试行)》中就混杂地使用了上述两种分格技术。

前者如,在法定的“营利+为赌博提供条件+处罚”结构中,将“为赌博提供条件”设定为定量,以“营利”为变量,根据营利的多少,具体划分了几种幅度,即“为赌博提供条件,获利不满二百元的,处五百元以下罚款”;“为赌博提供条件,获利二百元以上不满一千五百元的,处五日以下拘留处罚”;“为赌博提供条件,获利一千五百元以上的,处十日以上十五日以下拘留,并处五百元以上三千元以下罚款”。这完全是“就地取材”、非扩张的解释性搭建。

后者如,在法定的“营利+参与赌博赌资较大+处罚”结构中,不仅考虑赌资数额,同时也考虑赌注大小,搭建“营利+赌资或赌注+处罚”结构,即“具有第五条所述情形,达到赌资较大,且个人赌资不满二千元或单次押注不满一百元的,处五百元以下罚款”;“个人赌资在二千元以上不满一万五千元的或单次押注在一百元以上不满二百元的,处五日以下拘留”;“个人赌资在一万五千元以上或单次押注在二百元以上的,处十日以上十五日以下拘留,并处五百元以上三千元以下罚款”。

赌资的大小,可以反映出违法行为的严重性和社会危害程度,当然可以作为一项重要的衡量标准。但是,赌资只是一种预计要投入赌博的资本,而赌注却是在赌资之中每次要实际投入的资本。有时虽然赌资不大,但赌注很大,其社会危害性不亚于赌资较大。因此,赌注多少也可以作为一种衡量指标。赌注是从赌资实际使用的过程角度剥离出来的一项考量因素,在法律中没有明文规定,从这个意义上讲,是实践的一个创造。

从裁量基准实践看,作为分格技术的划分标准的法律要件或考量因素,一般只是该违法行为的本质性要素或重要性要素,但却不是完全惟一性要素。那么,不管怎么排列组合,由于参与的变量过少,使得裁量过程(process of discretion)过于简约,未必总能反映客观实际、实现个案正义。从这个意义上讲,分格技术必然存在着不可避免的内在缺陷。

校正的方法就是必须把分格牢牢建立在“过罚相当”的基础上,切实贯彻

“设定和实施行政处罚必须以事实为依据，与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当”。第一，处罚幅度的确定必须依赖长期实践形成的行政惯例。第二，作为分格标准的考量因素只是要权重考虑的重要因素，同时还必须结合其他的考虑因素。

2. 量罚幅度

量罚幅度问题在分格技术中已有所涉及，但这并不影响它作为一项独立技术的品质，它是在具体解决量罚的细微结构中与分格技术的后端部分发生了关联。量罚幅度要解决的问题，包括幅度的划分；从轻、从重、减轻和加重的格次；以及如何权衡等。它有多种样式，主要有等分、中间线、格内外浮动、累计制，以及对立法未规定而实践又回避不了的量罚问题做出规定。

幅度划分的最简单方式就是等分。也就是把法律规定的较大处理幅度再平均划分为若干格次，连接不同要件，规定量罚的标准。比如，法律规定的收容教育期限为六个月到两年，金华用每两个月为一个递进格次，确定为六个月、八个月、十个月、一年、一年二个月、一年四个月、一年六个月、一年八个月、一年十个月，或两年。然后规定量罚掌握的标准，“卖淫人员符合收容教育起点标准的，可予以收容教育六至八个月，卖淫每增加一人次可增加期限二个月；如卖淫人员患有性病的，在上述期限的基础上，再增加期限二至四个月，但最长期限不得超过二年。”

在量罚幅度的划分上，还有一个很重要的技术——“中间线说”，[①]在金华的文本中似乎没有找到，金华在处罚幅度的格次中几乎完全按照《治安管理处罚法》(2005 年)规定的格次，只是对其中的法律要件做了更加详细的解释或者幅度的划分。这或许是因为《治安管理处罚法》(2005 年)在处罚幅度的规定上已经比较科学，幅度已经偏小到失去再度划分的必要。

格内外浮动是金华文本中比较有特色的地方。比如，在 2004 年 2 月 4 日制发的《全面推行行政处罚自由裁量基准制度的意见》中规定，“有法定从轻、从重情节，可以降(升)一个格次或在同格次的幅度内降(升)50％以下裁量，有酌

---

① “中间线说”是借鉴了刑法的学说，是直接以法定刑幅度的平均值为从重、从轻的“分水岭”，凡从重处罚的应在平均值以上最高刑以下量刑；反之，则在平均值以下，最低刑以上量刑。比如，“未经许可擅自从事机动车驾驶员培训”的法定处罚幅度是“2 万～5 万元”，则其量罚“分界点”为 3.5 万元。那么，按情节轻重就可将相应量罚幅度划分为：情节较轻的，罚款 2 万～3 万元；情节较重的，罚款 3 万～4 万元；情节严重的，罚款 4 万～5 万元。裁量格次设定后，至于何谓情节“较轻”“较重”“严重”，则仍然把裁量权交给行政主体，由行政执法人员根据执法经验以及专业知识能动地加以认定。同时，在按“中间线”法设定上述裁量格次的过程中，若行政机关发现，设定后的裁量格次明显畸轻畸重，或与以往的实务案例明显不符，则可在比例原则的指导下，对上述“中间线”法得出的格次作出一定程度的“微调”。参见周佑勇：《裁量基准的正当性问题研究》，载《中国法学》，2007(6)。

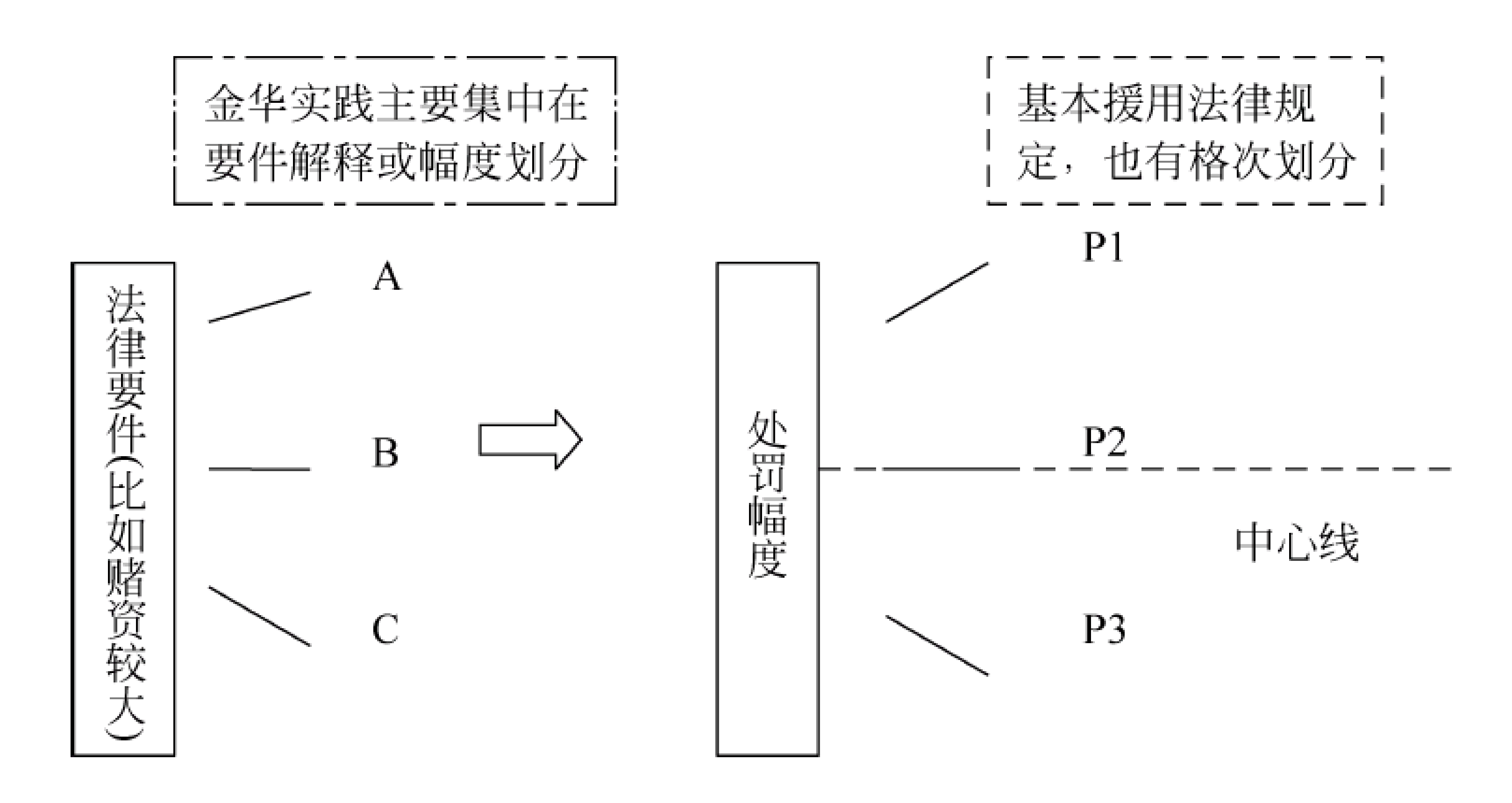


图 12-1　金华幅度划分的主要实践区域

情从轻情节的,可考虑在同一裁量格次内降 30%以下幅度裁量”。所谓升(降)一个格次,是一种量罚幅度;在同一个格次之内升(降)的幅度(可用百分比表示),也是一种量罚幅度。

累计制是按照违反同一规范的次数累计递增处罚幅度。比如,《违反互联网营业场所管理违法行为处罚裁量基准》(试行)中规定,“向上网消费者提供的计算机未通过局域网的方式接入互联网的”,按照查处的次数,量罚幅度递增。“第一次被查获的,并处 4 000 元以下罚款;第二次被查获的,并处 4 000～10 000 元罚款,同时责令停业整顿;第三次被查获的,并处 1～1.5 万元罚款,并同时建议文化部门吊销许可。”

对于立法未规定而导致的实践在量罚上的棘手问题,金华文本非常大胆地做出规定。比如,《治安管理处罚法》(2005 年)第 49 条规定:“盗窃、诈骗、哄抢、抢夺、敲诈勒索或者故意损毁公私财物的,处五日以上十日以下拘留,可以并处五百元以下罚款”,①但是,实践部门比较困惑的是,对于盗窃数额较少,但又不能不予处罚的情形,是否一定要处以拘留?能不能处以罚款?罚多少为

① 金华把这当作一条中心线,适用于“盗窃价值在五百元以下的”一般情形。然后,又规定“有以下情形的之一,属‘情节较重’,依法予以十日以上十五日以下拘留,可以并处一千元以下罚款处罚”,比如,“1.盗窃财物数额在五百元以上的;2.盗窃财物数额虽未达到五百元,但有以下情形之一的:(1)因盗窃行为受过处罚或者一年内实施二次以上盗窃行为的;(2)入室、结伙、流窜盗窃或者扒窃的;(3)使用专用工具或者技术性手段盗窃的;(4)以破坏性手段实施盗窃造成公私财产损失的;(5)教唆或者胁迫、诱骗未成年人盗窃的;(6)盗窃残疾人、孤寡老人、未成年人、低保人员或者丧失劳动能力的人财物的;(7)盗窃救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济、医疗等特定款物的;(8)其他情节较重情形的。”在我看来,这似乎已经超出了《治安管理处罚法》(2005 年)第 20 条允许的从重处罚的界限,变成了法律未规定的“加重处罚”,有欠妥当。

宜?《治安管理处罚法》(2005 年)第 19 条规定的“减轻处罚”在这里怎么操作?[①] 从理论上讲,减轻处罚应该是在格次之下考虑,要减一个档次。那么,在 5 日拘留这个档次之下怎么量罚呢?是处以 1-5 日拘留?还是就考虑五百元以下罚款?[②] 金华文本中就明确规定:“偷窃数额在二百元以下的,可治安警告、单处或并处二百元以下罚款。”又比如,《治安管理处罚法》(2005 年)中没有对未遂做出规定,实践中如何执法呢?金华文本中尝试着做了局部的规定,“入户行窃未遂的,可按非法侵入他人住宅行为处以拘留处罚。”

3. 解释不确定法律概念

对法律规定中充斥的大量的不确定法律概念(undefined legal concept, unbestimmte Rechtsbegriff)进行解释,也是裁量基准制度的一个重要任务。从金华的文本上,我们会发现,发生频率较高的是对什么是“情节较重”“情节较轻”进行解释,并尽可能采取逐项列举的方式。而且,解释往往不是停留在文义的说明,或者理论的阐述,而是注意结合实践上的具体问题,尤其是比较棘手、难以认定的情形,做出有很强针对性、便于执法人员甄别的界定。

在解释过程中,甚至为了解决实践上认为应该处罚的情形,突破了扩大解释的限度。比如,在《治安管理处罚法》(2005 年)第 70 条规定中,“参与赌博赌资较大”是一种必要要件,在金华的有关裁量基准中,把“在车站、公园等公共场所进行赌博的”也解释成“参与赌博赌资较大的”情形,这实际上是对参与赌博的场所以及可能造成的恶劣影响予以了权重,淡化了对赌资较大的要求。

对不确定法律概念的解释,有时也会与相关考虑发生勾连。比如,《盗窃违法行为处罚裁量基准》中对“情节特别轻微”的解释是,“因生活所迫盗窃少量食品自用的;盗窃放置在室外无人看管的少量公私财物(法律有规定的特殊物品除外),价值不足十元的;已满十四周岁不满十八周岁的未成年人,初次实施违法行为,没有作案手段,且价值不足五十元的;盗窃自己亲属家的财物,受害人不要求处理的”等情形。这些列举出来的情形,实际上也是量罚要考虑的相关因素。

4. 列举考量因素

相关考虑是约束和规范行政裁量的一个最重要的机制。裁量基准的一个

---

① 《治安管理处罚法》(2005 年)第 19 条规定:“违反治安管理有下列情形之一的,减轻处罚或者不予处罚:(一)情节特别轻微的;(二)主动消除或者减轻违法后果,并取得被侵害人谅解的;(三)出于他人胁迫或者诱骗的;(四)主动投案,向公安机关如实陈述自己的违法行为的;(五)有立功表现的。”

② 我认为,在 5 日拘留之下退一个格处理,或者就单独处以罚款,都属于减轻处罚。参见余凌云:《公安机关办理行政案件程序规定若干问题研究》(第二版),165 页以下,北京,中国人民公安大学出版社,2007。

重要工作就是在以往实践的经验基础上,结合法律原则、行政任务和社会效益,梳理和归纳出一个较为完整、系统和科学的考量因素结构体系。

允许考虑的因素可以分为法定因素和酌定因素。法定因素是由法律明确规定的,也是应该考量的。比如,《治安管理处罚法》(2005 年)第 19 条规定的减轻处罚或不予处罚的情形,第 20 条规定的从重处罚的情形。酌定因素是从法律目的、原则、执法经验等多方面提炼出来的考虑因素,适当考虑这些因素,可能更能够解决纠纷,实现良好行政(good administration)。

从文本的分析和对实践的考察发现,我们对相关因素的关注,可能更多的是集中在法定因素上,而对酌定因素的提炼和归纳却略显不足。表 12-3 所列举的酌定因素是经验性的,仍然可能不周全,但即便如此,我们还是发现了有些因素在金华的文本之中付之阙如,比如,行政机关过错导致的责任。

表　12-3

酌 定 因 素	影 响 作 用	金华裁量基准文本
将损坏物品恢复原状或赔偿的	从轻或不予处罚	﹀
主动赔礼道歉的	从轻	﹀
主动消除、挽回影响的	从轻	﹀
主动退赃的	从轻	﹀
实施违法行为的动机、目的	从轻或从重	﹀
违反时所受的刺激。也就是实施违法行为时所受的外界影响,比如是否是出于义愤、无端受辱、受人挑拨等	从轻	﹀
行为人的生活(经济)状况不好	从轻	﹀
行为人的品行(表现)一贯较好	从轻	—
是否为初犯	从轻	﹀
双方的过错情况,尤其是对方是否有过错	从轻	﹀
被侵害人是否是特殊弱势群体	从重	﹀
完全是由行政机关的过错引起的	从轻、减轻或不予处罚	—
行政机关和当事人都有过错	从轻、减轻	—
政策因素、综合治理工作的重点	从轻或从重	—

注:“﹀”表示有,“—”表示没有。

从一般经验推测,我估计金华实践还可能受到其他一些很重要的因素影响,但却没有或不宜体现在裁量基准上,比如,重要时期(像“两会”期间)、领导关心和重视程度、社会反应的强烈程度等。这些因素对于是否启动裁量权,是否积极作为,以及量罚是否从重等都会产生不可忽视的作用。

从裁量的形成看,相关因素的考虑实际上是在两个层面上发生作用的。首

先，在分格技术中，可能针对特定的违法行为，抽取最重要的因素作为分格的基本依据，与量罚幅度和处罚种类共同搭建一个对应的裁量模型。其次，裁量的形成中，还应该存在着一个综合性的、原则性的考量因素体系，一般体现在从轻、减轻、从重、加重的考量之中，对所有的裁量决定都发生作用，具有普适性意义。也就是说，上面第一个层面的裁量模型实际上必须放到第二个层面中运行，第二个层面构成了裁量运作的整体环境，并施加着影响。

而金华文本的一个很有意思的现象是，在每一类违法行为的裁量基准规定之中，都要在第 1 条中规定总体的考量因素体系，包括法定和酌定的。比如，在《殴打他人及故意伤害他人身体违法行为处罚裁量基准》(试行)中规定："对殴打他人或者故意伤害他人身体行为的处罚，应当与其违法事实、情节、社会危害程度相适应。裁量时主要考虑被侵害的对象、被侵害人数、伤情轻重、行为人动机、行为手段、行为方式、行为地点、过错情况等因素。"但是，却孤零零的，游离在处罚效果之外，也没有放到从轻、从重、减轻、加重的情形之中，没有与处罚效果相勾连。这样的规定往往是象征性的，很难落到实处。

5. 小结

上述控制技术是从金华文本中归纳出来，以行政处罚这样的要式裁量行为为模板，也许不能完全涵盖所有的裁量基准技术。在不断拓展裁量基准适用范围的过程中，我们还要继续探索和发现其他技术。因此，上述控制技术体系肯定是开放式的，而不是封闭性的；是列举式的，而不是终结性的。

而且，即便是从孤立的、静态的角度看，上述控制技术也难以完全彼此割裂开来。它是以分格为基本技术，与解释、量罚幅度和考量因素等技术对接，浑然一体，成为一个有机的裁量过程。事实上，从金华文本上看，多是综合运用上述各种技术，为妥善解决某一特定问题，进行不同的排列组合，形成一系列合理的处理模式。

很有意思的是，金华文本虽冠以"裁量基准"，却发生了很多的延展。比如，在查处赌博案件中，会遇到违法行为人拒不认领赌资的情况，如何认定其赌资呢？《赌博违法行为处罚裁量基准》(试行)中直接规定："个人投注的财物数额无法确定时，按照参赌财物的价值总额除以参赌人数的平均值计算。"这实际上已经不是裁量本身了，而涉入了事实认定的领域，但却对裁量结果有着重要的关联。又比如，金华实践中还很重视裁量决定的执行，在有关意见中专门就"如何保证行政处罚决定的执行"做了说明，"当事人超过法定期限不履行行政处罚决定的，办案单位要依法强制执行。对法律未赋予公安机关强制执行权的行政处罚，办案单位应在履行期限届满一个月内移交法制部门，由其统一向人民法

院申请强制执行。”但是,裁量决定的执行,也不是裁量本身。那么,这种规范的适度延展,是不是就意味着他们采纳了“统一裁量说”呢?也就是认可了在事实认定、法律解释和涵摄之中也存在着裁量呢?

我始终坚持认为,行政裁量是一种作为或不作为、怎么作为的选择自由。裁量上的控制技术,和事实认定、法律适用上的不同。裁量出现的误差,包括结果误差、地区误差和部门误差,是法律上能够容忍的合理误差。我们对裁量误差的容忍度,比对事实认定、法律适用偏差的容忍度要大得多。

当然,裁量必须是在一个系统之中的反应,是一个连锁反应、相互作用的过程。因此,裁量基准的设定,绝对不能是静态的、孤立的,必须是动态的、连续的,要形成拉伦兹所说的“眼光流转往返于事实与规范”[①]之间的运作轨迹。所以,我们要建立一个能够有效规范裁量实际运行的模型,就不可能撇开作为裁量前提的事实认定和法律适用问题。也就是说,我们完全可以、也应该在行政裁量基准之中建立一个行政裁量行使的完整过程与系统模型,从事实认定、法律解释和涵摄到行为模式选择的全过程。

但是,我们始终必须清醒,这并不是所谓的“统一裁量”,而是行政裁量由终端向前的自然延伸(前伸)。假如裁量发生偏差,导致问题的原因,也不一定是传统上所说的“裁量过程”(process of discretion)发生了问题,也许很可能是作为裁量的前提和基础的部分发生了问题。

在这个认识上,我和一些学者发生了分歧。为了更形象、更感性、更有力的辩驳,下面,我想用一个案件简单地回应一下郑春燕和徐文星两位博士对我的批评。[②]

比如,云南陆良县发生的公交车因超载被交警处罚的案件,被媒体炒得沸沸扬扬。公交车超载早已司空见惯,也长期为交警所容忍。打破惯例的案件就有了新闻价值。该案争议涉及的一个核心问题是,如何核定公交车的超载?被处罚的中巴座位数是 19 人,而行驶证核定的人数是 35 人,实际乘坐的人数是 47 人。交警的做法是按照行驶证上核定的人数,超过者就是超载。这种认定得到了法院的支持。法官认为,“是否超载的合法依据,主要是看它的行驶证核定的载人数,如果交警查获时它载客超过核定的人数,就是属于超载的行为。”[③]但是,仍有同志提出异议,认为限载人数一般要按国家标准《机动车运行安全技术

---

① [德]卡尔·拉伦兹:《法学方法论》,陈爱娥译,184 页,台北,五南图书出版有限公司,1996。

② 他们两位的批评意见,参见郑春燕:《取决于行政任务的不确定法律概念定性——再问行政裁量概念的界定》,载《浙江大学学报》,2007(3)。徐文星:《行政裁量权的语义分析——兼与余凌云教授商榷》,http://www.lwzn.cn/Article/faxuefalv/xingzhengfa/200612/3993.html,访问时间:2007 年 3 月 1 日。

③ 这是我参加中央电视台《今日说法》节目时编辑提供的案件材料中所陈述的。

条件》(GB7258—2004)规定的“城市公共汽车及无轨电车按每1人不小于0.125m^2核定”,计算公交车的乘载人数,得按每平方米≤8人计算。①

从表面上看,这是交警一反常态的裁量行为(表现为处罚的积极作为)引发了争议,但实际上争议的焦点却是怎么认定超载。在我看来,对这个问题的争议实际上已经超越了执法层面,已经完全不是交警裁量是否合理的问题,而是行驶证在发放时如何核定限载人数所依据的有关立法规定或者政策是否合理的问题。因为,交警只是简单援用了行驶证上的核定数据,并作为是否超载的判断依据。而行驶证在发放时,实际上已经不是简单的以车内座位数为标准,或许已经考虑了公交车的性质和安全等因素,所以才有19<35。那么,这样的算计是否符合上述异议中所说的计算标准呢?所以,本案是一个比较典型的前端病灶引发后端争议的形态,但我们却很难把前端的算计也视为裁量本身。

五、形成、公开与效力

1. 形成程序

从有关经验材料上反映出,裁量基准的形成具有自下而上、由点到面、由个性到共性的特征,完全建立在以往各区县公安机关的实践经验基础之上,是对以往实践的归纳、总结和提高。

在实践之初,金华市公安局就充分认识到实践的艰巨性与复杂性,不可能一蹴而就、全线出击。所以,其采取的策略是:

首先,确定一些有条件的区县公安机关,先“摸着石头过河”,由他们选择辖区内一至两个治安状况复杂,案件数量多,执法较规范的科所队作为试点单位,认真总结各自以往的实践经验和做法,先行制定出若干裁量基准。

其次,考虑到违反公安行政管理行为的种类繁多,在短时间内很难全部建立行政处罚自由裁量基准,所以只选取占全市日常处罚量80%以上的赌博、卖淫嫖娼、偷窃、无证驾驶、违反互联网营业场所管理等五类违法行为,试点单位可以从中选择一至两种,开展行政处罚自由裁量基准制度试点。

很显然,由于各地以往实践的差异,必然会出现各自制定的这些裁量基准有地区性差异。因此,在试点工作基础上,市局“先后两次召开了全市法制科长

① 车管所按照车辆的技术标准核定为35人。成华光:《公交车超载处罚违法》,http://bbs.people.com.cn/postDetail.do? id=3532843。《处罚“超载”公交:真的于法有据吗》,载《检察日报》,2007-12-26,http://www.jcrb.com/n1/jcrb1515/ca665726.htm,访问时间:2007年3月1日。

会议,对裁量基准试点工作开展情况进行了总结和回顾。各地交流了裁量基准工作的做法,对裁量基准工作的正面和负面效应有了一个客观的评价"。对执行中发现标准不合理的及时修改和完善。最后形成一个统一的裁量基准实施意见,统一认识、规范实践。

在《治安管理处罚法》(2005 年)生效实施之后,上述实践模式又添加了新的内容,市局在《金华市公安局规范行政处罚自由裁量基准制度实施意见》中要求:"2006 年 8 月月底前,各县市公安局(分局)制定除赌博、卖淫嫖娼违法行为以外的其他行政处罚裁量基准,完成全市公安机关行政处罚案件总量 80%以上的裁量基准。2006 年年底前,全市基本完成公安行政处罚案件的自由裁量基准工作。以各县市公安局(分局)名义制定的裁量基准制度,应当及时报市公安局备案。市局将根据规范性文件备案审查的规定,对其进行合法合理性审查。"

因此,金华的裁量基准是经验的总结,从某种意义上说,是建立在先例(precedents)基础上,是"遵循先例"原则的一种中国化运作方式。可是,尽管是有上述一来二往的讨论研究,有实践行家的参与,但在我看来,却多少有"拍脑袋"做决策的嫌疑。缺少精细的算计,缺少理论的支撑。

其实,我们还可以做得更加精致一些,更加科学一点。比如,分别遴选若干有代表性的派出所(像城区派出所、城乡接合部的派出所以及农村派出所),以近几年来(可以是一至三年)治安案件的处理情况为样本,分门别类的进行整理、归纳和总结,包括考量的因素、违法情节及其量罚的幅度、事后有无申请复议或起诉等等指标,比较同类案件处理中的异同,找出产生误差的原因,在此基础上制定统一的行政裁量基准。

那么,在制定裁量基准的程序中,要不要加入立法程序的元素,以回应日益增长的民主性要求?比如,听证、专家参与、草案公布和征求意见等?在金华目前的实践中显然没有这些元素。那么,要不要作为未来改革的一个方向呢?周佑勇教授认为,"裁量基准的订立既是对法律认识理解的过程,也是行政机关与相对人沟通—协作—服务的过程,其最大的优势是规制对象的广泛而直接的参与","必须引入公众协商机制,强化行政过程中的利益沟通"。[①] 郑春燕博士在其博士论文中则流露出对行政规则程序复制立法元素的些许担忧。她觉得,这会影响行政效率、增加行政成本。[②]

我觉得戴维斯有一句话非常值得玩味,他说:"行政规则的制定程序是现代政府最伟大的发明之一。只要行政机关愿意,它可以成为立法委员会程序的事

---

① 参见周佑勇:《裁量基准的正当性问题研究》,载《中国法学》,2007(6)。

② 参见郑春燕:《运作于事实和规范之间的行政裁量》(浙江大学法学院博士学位论文,2006 年)。

实上的翻版。通常,它更快捷,成本更低。”(The procedure of administrative rule-making is in my opinion one of the greatest inventions of modern government. It can be, when the agency so desires, a virtual duplicate of legislative committee procedure. More often it is quicker and less expensive.)[①]也就是说,在采取何种程序、是否(或怎样)添加立法程序元素等问题上,行政机关应该有裁量权。裁量基准是在立法授予的裁量空间中的再创造,而立法的民主性已然解决,在十分有限的授权空间中,民主元素添加与否,意义并不彰显,这种再创造将更多的依靠行政机关的行政经验、技术和智慧。因此,如何取舍,完全视情况而定,没有、也无须固定的程式。

在我看来,在像行政处罚这样的较为具体的行政活动中,裁量的伸缩和架构更多的是要依靠行政知识、经验和理论,缺乏这方面知识的公众参与可能是盲目的、没有效率的。基准草案的事先公布和征求意见似乎在增加行政成本和拖延时间的同时,却收益不大。[②] 媒体和公众对个案的结果不公而引发的对裁量基准某项规定的事后批判,恐怕更有助于有针对性的改进裁量基准质量。专家参与起草和论证的制度应该是必不可少的,要注意倾听他们对上述实践的意见和批评(不具贬义)。这是提高和保证裁量基准质量的一个最有效率、成本最低的方法,能够实现由实践到理论的升华。[③]

2. 公开

裁量基准只是用行政政策(policies)的形式更加详细地设定了裁量权的行使轨迹,仅对内有拘束效力。对相对人来说,裁量基准不存在为他们设定权利和义务问题,所以,严格地讲,对外一般也不具有拘束力。但是,这些行政政策却通过拘束行政机关的裁量,具有了对外的法律效果。通过规范行政裁量的产出与质量,能够对相对人的权利义务产生实质性的影响。

另外,基准是裁量决定的具体实现路径,它也成为说明理由中必须引用的依据。从中,当事人才能够真正知晓裁量结果是如何具体形成的。对执法人员个人来说,也才能彻底摆脱执法的个人责任风险。裁量基准本身在听证和辩解

---

① Cf. K. C. Davis, op. Cit., p. 65.

② 斯图尔特(Richard B Stewart)发现,“在通告和评论的规章制定过程中,行政机关并不受限于递交上来的书面评论,许多这样的评论被忽略不计、置若罔闻”,“发布通告并给予利害关系人就拟议规章递交书面评论的机会,几乎没有什么价值,因为初步的政策决定通常早已作出,而拟议的规章在最后通过之前很少有重大修改”。参见斯图尔特:《美国行政法的重构》,沈岿译,148~149 页,北京,商务印书馆,2002。

③ 早在十多年前,我就和皮纯协老师合作撰写了一篇关于专家论证制度在立法程序中的重要性的文章。参见皮纯协、余凌云:《亟待建立的专家论证制度 —保证行政立法质量的重要措施》,载《中国法学》,1995(6)。

之中,也就极可能变成争议的焦点。从诉讼上讲,裁量基准可以被法院援用和参考,作为判断行政裁量是否妥当、合理的进一步考量标准,更可能成为合法性拷问的对象。所有这些都决定了行政裁量必须公开。

美国行政程序法第552节规定,由行政机关制定和适用的一般政策文本或者行政解释应公布在《联邦登记》(*the Federal Register*)上。而且,根据要求应当在《联邦公报》上公开却没有公开的事项,任何人不得援用,也不受其不利影响,除非他及时地被告知有关事项的内容。但很有意思的是,在美国,上述公开规定实际上在实践中很少被遵守。①

从日本的经验看,也强调裁量基准的公开,《行政程序法》第5条第3款规定:"除非在行政上存在特别的障碍,行政厅必须在法令规定的该申请提交机关的办公场所备置以及以其他适当的方法公开审查基准。"理由是:第一,能够保证行政运营中的公正性与透明性;第二,当事人、法院能够对行政行为的适当性进行有效判断,有利于预防和解决纠纷。② 但是,据说,在《行政程序法》颁布之前,学说和判例只是要求行政厅应当告知申请人审查基准。《行政程序法》第5条第3款虽然要求审查基准必须"公开"。但"公开"与"公布"还是有程度上的差别。"公开"不要求行政厅在《官报》或者《公报》等政府刊物上广而告之,只是说,要保证国民在申请之时能够知晓审查基准。③

在我看来,日本的做法或许不值得参考。裁量基准是规范、指导行政执法人员具体操作案件的指南,无疑对相对人也是极有意义的。可以说,裁量基准对基层行政机关约束力越强,对相对人权益的关涉也越大,两者之间存在着正比关系。将有关裁量基准的文件如数公开,供相对人自由查询,就变得顺理成章、意义重大了。所以,在我看来,有关裁量基准的文件,应当属于《政府信息公开条例》(2007年)第9条、第10条(一)规定的要求政府主动公开的信息范围,而不应该是第13条依申请公开的政府信息范畴。④

金华的实践也认识到公开的重要性,正如他们自己说的,"这样公安机关的

① Cf. Russell L. Weaver, "An APA Provision on Nonlegislative Rules?" (2004) 56 *Administrative Law Review* 1181.

② 参见朱芒:《日本〈行政程序法〉中的裁量基准制度——作为程序正当性保障装置的内在构成》,收入应松年、马怀德主编:《当代行政法的源流——王名扬教授九十华诞贺寿文集》,1049页,北京,中国法制出版社,2006。

③ 参见朱芒:《日本〈行政程序法〉中的裁量基准制度——作为程序正当性保障装置的内在构成》,收入应松年、马怀德主编:《当代行政法的源流——王名扬教授九十华诞贺寿文集》,1049～1050页,北京,中国法制出版社,2006。

④ 当然,金华实践之初,还没有《政府信息公开条例》,而且,该条例要到2008年5月1日才实施。但是,政府信息公开作为一种实践早就在很多地方、很多行政部门内推广开来。实践部门的同志可能对"政府信息公开"不很熟悉,但是,对于"行政公开",却应该是耳熟能详了。

处罚能更多地得到社会的认同,得到当事人的认可,同时也有利于社会公众、新闻媒体加强对公安行政执法的监督,使公安机关执法办案在阳光下运作,保证在法律面前人人平等,努力实现公平公正。"或许是考虑到有些基准尚在摸索之中,不够成熟,基层恐怕不能立刻承受住完全公开之后公众监督压力,金华公安局在实践之初并没有做到完全的公开,而是采取"逐渐公开"的策略,"进行有限的公开,将裁量标准中的原则、从重、从轻、酌定情节的掌握,必须拘留的情形和不履行的后果等向社会公开"。

但很有意思的是,金华只是要求在办公场所进行公开。我曾尝试着在金华市公安局的官方网站上查询有关的裁量基准文件,却无法获得。同样,在北京市公安局交通管理局的网站上也没有这方面的规范性文件,只是在"警务公开"栏目中有一些解释。我觉得,在网站上公开这些裁量基准文件,或许更加有益,更符合政府信息公开的要求,而且,这样做也是有物质条件的,不是不能够做到的。

3. 效力

显然,裁量基准不算是法理学上通常所说的法律,不符合来自立法机关的形式意义上的法规范。但是,谁也不敢轻易地否认它具有拘束力。从这个意义上,我们也可以把它归入"软法"的范畴。软法是一个概括性的词语,被用于指称许多法现象,这些法现象有一个共同特征,就是作为一种事实上存在的有效约束人们行动的行为规则,它们的实施未必依赖于国家强制力的保障。[①] 这的确是一个很有意思的现象。那么,裁量基准的拘束力是如何发生的呢?

对于裁量基准对内的拘束力,王天华博士做了颇有意思的鉴别,他认为,"尽管上级行政机关设定的裁量标准会对下级行政机关特别是具有行政执法权的行政机关及其执法人员发挥事实上的约束作用,但必须认为:上级行政机关以规范性文件形式设定的裁量标准对具有作出具体行政行为权限的下级行政机关并无法律拘束力。因为,裁量标准是行政执法机关对其所执行的行政法律规范的具体化,对该行政执法机关有拘束力的是该行政法律规范本身;上级行政机关以规范性文件形式设定的裁量标准归根结底不过是一种行政内部规定。"[②]

我直观的感觉是,这种"法律拘束"与"事实拘束"的界分大体不错,但似乎仍有问题。因为其中纠缠着十分复杂的情形,比如,裁量基准的制定是法律授

① 参见罗豪才:《公域之治中的软法》,http://article1.chinalawinfo.com/article/user/article_display.asp? ArticleID=31593,访问时间:2007年3月1日。

② 参见王天华:《裁量标准基本理论问题刍议》,载《浙江学刊》,2006(6)。

权的,还是自发的?这或许会直接影响到拘束力的性质。所以,我更愿意笼统地谈对内的拘束力。这种拘束力无疑是有的,发生在组织学意义上。在行政机关体系中,上级行政机关对下级行政机关的领导关系,通过内部的执法质量考评、执法监督检查、行政复议和信访等机制,通过系统内外的监督合作,足以使裁量基准"令行禁止""定名止分",具有甚至比法律还强的、还有效的拘束力与执行力。

金华实践就非常典型。为了保证裁量基准的执行力与拘束力,公安局主要采取了"个案监督"和"总体监督"两种方式。一方面,将通过行政复议、劳少教审批、个案点评、个案质量考评等方式对行政处罚自由裁量基准制度执行情况进行个案监督。另一方面,通过执法质量考评、县市局定期总结汇报方式对自由裁量基准工作进行总体监督。

金华甚至还引入了行政机关内部的说明理由制度。"对试点单位没有依照裁量标准提出处理意见的,责令其说明理由。试点单位无正当理由的,应当由法制部门直接按照裁量标准进行量罚。局领导应当支持法制部门的正确的审核意见,对试点单位随意裁量的问题要提出纠正意见并责令其改正。"这种说明理由显然不是《行政处罚法》(1996 年)所说的对外(对相对人)承担的一种程序义务,而是试点机关对上级机关的解释义务。如果不能说服上级,将会受到严厉的批评。①

在公安系统之外,金华还建立了目前比较流行的一种政府考评机制。市政府把行政处罚自由裁量权的规范工作列入行政执法责任制及依法行政工作评议考核。对不按要求开展规范行政处罚自由裁量权工作的部门和单位,当年不得评先进,并予以通报批评;对不执行行政处罚自由裁量权规定的人员,要根据有关规定追究责任,严肃处理。这种来自政府层面的考评机制也会进一步增强行政机关遵守裁量基准的自觉性。②

我自己却更愿意从合法预期(legitimate expectation)的角度来进一步阐述和理解。在我看来,裁量基准的拘束效力还来自合法预期之保护。因为裁量基

---

① 这是很有意思的现象。从美国的经验看,是通过对外的说明理由来实现这一目的的。斯图尔特(Richard B Stewart)说过,行政机关"至少为其对既定政策的偏离给出有说服力的充分理由,尤其是在涉及个人重大的期待利益的场合。""这一要求可能会给诉讼当事人提供更多的手段以抵抗行政机关的制裁,可能会给法官们提供更多的手段,以寻求程序上的理由来撤销可质疑的行政决定。"参见斯图尔特(Richard B Stewart):《美国行政法的重构》,沈岿译,16~17 页,北京,商务印书馆,2002。

② 四川省政府甚至要求把裁量基准的实行情况纳入党风廉政建设之中。参见江凌:《规范行政执法自由裁量权 建立行政处罚裁量基准制度》(在第六次全国地方推行行政执法责任制重点联系单位工作座谈会上的讲话),http://www.chinalaw.gov.cn/jsp/contentpub/browser/contentpro.jsp?contentid=co999996010-,访问时间:2007 年 3 月 1 日。

准的对外公布，很可能使其不再仅仅是一种内部的规范，而会外化为相对人的一种合法预期，使其对行政机关的未来行为产生一种信赖，就是严格遵循基准，“相同案件、相同处理，不同案件、不同处理”，并产生相对人要求法院保护这种信赖的权利。通过对这种合法预期的程序性、实体性和赔偿性保护，[1]也会产生对行政机关的反作用，形成一种拘束效力。

那么，裁量基准能否产生对外的拘束力呢？德国联邦行政法院在WYHL判决中认为，如果行政规则不仅具有规范解释性质，而且具有规范具体化的性质时，就应该承认行政规则具有法律上的外部效果。[2] 我同意这样的结论。基准在构筑裁量具体过程与效果的同时，也形成了对相对人权利义务处分的一种定式。由内而外的样式，不断重复、中规中矩，也就变成了法的规范。

六、规范与僵化之间的拿捏

从某种意义上讲，立法机关是将立法的一个最艰巨、也是最棘手的问题甩给了行政机关，也就是面对纷繁复杂、变幻不拘的社会现象，如何解决一般性与特殊性问题？行政裁量基准在一定程度上的确能够承接这项工作，缓解上述矛盾。这是因为，随着地域变小，要解决的问题越发具有相似性，制定统一的规范也越有可能。在这个意义上，法的一般性与特殊性之间的张力会逐渐趋于缓和或消失。但是，裁量基准的这种缓解能力依然是有限的。

首先，能否以及按照什么标准和方法归纳出若干个裁量标准，并得到执法人员的认同，本身就是很困难的事。即便是退一步说，我们制定出了裁量基准，由于实践者认识的局限性、社会现象的复杂性、解决方法的预测与穷尽难度以及解释的技术难度，等等，基准中必然还有不周全，还有很多不确定法律概念，还有很多无法精确解释和量化的问题。

其次，更棘手的问题在于，裁量基准制定得越细，有关规范在适用上的回旋余地也相应变得越小。那么，如何应对千变万化的行政案件呢？这意味着，在不经意间，基准就有可能变成僵化的代名词。机械适用的结果有可能会变得不那么正义，不被社会公众、媒体和当事人所接受，进而构成违法。

所以，我们只能说，裁量基准的制定，在一定行政领域、特定行政部门内统一了规范，法的特殊性和一般性矛盾得到了缓解。但是，另一方面的问题也会

---

① 关于合法预期，参见余凌云：《行政法上合法预期之保护》，载《中国社会科学》，2003(3)。

② BVerwGE 72，320，转引自陈春生：《行政法学上之风险决定与行政规则》，《台湾本土法学杂志》，第5期。参见郑春燕：《运作于事实和规范之间的行政裁量》(浙江大学法学院博士学位论文，2006年)。

出现。随着裁量空间受到挤压,法规范对复杂社会现象的适应能力和包容度也会随之变小,规范与僵化的矛盾就会越发地凸现出来。这就像跷跷板,按下了这头,跷起了那头。那么,如何妥善处理好这对新的矛盾呢?这变成了裁量基准制度必须关心的核心问题。

1. 游走的技巧

我们必须清醒地认识到,裁量基准是用来解决裁量决定的具体路径、架构行使轨迹的,但又不是一剂包医百病的"灵丹妙药"。过分迷信基准,拘泥于基准,不越雷池一步,也很可能会走向制度的反面,变成一种非正义的产物与温床。也就是说,裁量基准是约束裁量权,不是禁锢裁量权,否则会适得其反。在我看来,裁量基准只应该成为行政裁量遵循的一个基础性轴线,围绕着这根轴线,实践的运作应该是因时、因地、因势的上下微微摆动,就像鱼儿一样优雅自如地游动。换句话说,在有的情况下,应该、也必须适当地离开基准。

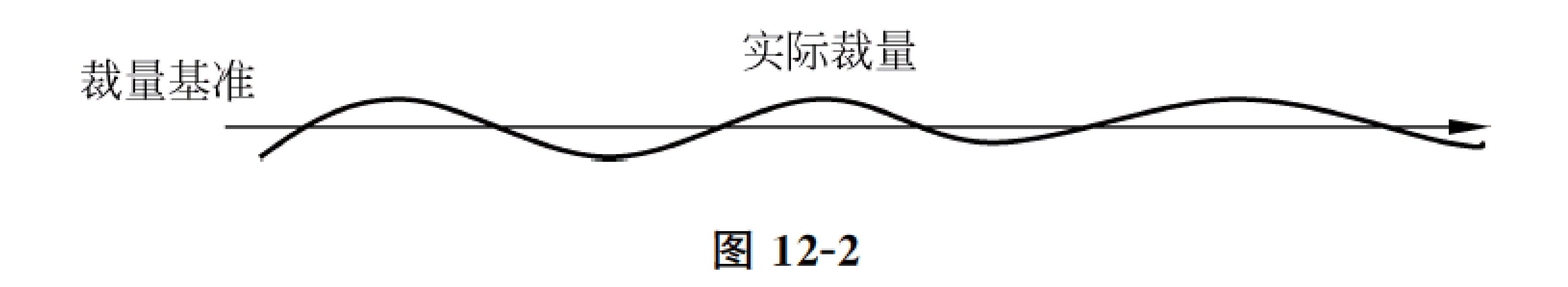


图 12-2

在我看来,这种游走主要表现为两种形态。一方面,裁量基准必须随势而变,要不断适应法律的修改变化、当前行政任务重心的转移、社会的诉求以及执法效益的考量等等。另一方面,以基准为核心构成的决定模式,面对复杂多样的个案,必须保持一定的张力,要给执法人员留有一定的回旋余地。

金华实践是注意到这一点了。首先,为了防止基准的滞后、僵化,缺乏伸张力,金华规定:"行政处罚自由裁量基准实施后,在实际操作中发现问题的,或当地社会治安形势发生重大变化,要及时进行修改。"要求法制部门应当坚持动态的检查和静态的审核相结合,定期跟踪检查,及时修改、不断完善裁量基准。其次,在个案的处置过程中,也注意防止机械适用,努力建立一种开放式的裁量基准,通过诉诸集体主义来解决一些特殊情形。对确有其他情形不适宜按规定的标准进行裁量的案件,应提交局长,由局长召集有关人员讨论研究,决定案件的处理。[①] 这种处理规则与问题之间矛盾的方式是妥当的。

K. C. Davis 也曾发现过裁量的这一固有矛盾及运动,并得出近似的结论。他认为,治愈的方法可以是更好的组织(better organization),提高规则预测困

① 在《行政处罚自由裁量基准制度宣传提纲》中特别提到,"具有法定从轻、从重,或酌情从轻情节的,按第六、七条规定的标准进行裁量仍有过重之嫌的,提交局长召集有关人员集体讨论决定"。

难的能力(improved rules which anticipate the difficulties),以及依靠职员的更高的智慧(higher intelligence of the clerks)。对当事人的救济通常是诉诸其上级,后者有权行使裁量权背离规则或者修改规则。[①]

仔细品味 Davis 的观点,比照金华的规定,我们会觉得金华的上述规定似乎还失之笼统,“集体议案”到底是指办案单位、还是制定裁量基准的机关?因为背离裁量基准的决定是否合法、适当,取决于所依据的基准是哪个级别的机关制定的,决定是否也是由这个机关作出的。我们很难设想区县公安机关的局长可以更改市公安局发布的裁量基准,除非事先已有授权。

2. 实践的通病

在规范层面,易犯的毛病,也是应受到严厉批判的,就是通过裁量基准彻底剥夺执法人员的裁量余地,只准照单抓药,不准开具处方。比如,有的地方规定:“凡逆向行驶者,一律罚款 200 元,扣 3 分”。“一刀切”的规定是极其不合理、不公正的,也容易引起当事人的极大愤懑。因为,如果行为人驾车逆向行驶,是由于没有禁止行使标志造成的,行为人本身没有过错,那么,就不应该把行政机关的过错(没有及时设立禁止标志)而导致的责任完全转嫁到行为人身上,由后者承担。

的确,行政裁量是授予行政机关的,行政机关也有权通过基准形式规定裁量的具体运行方式。但是,裁量存在的合理性并不会随着行政地域的变小而彻底消失,变得没有必要。社会是复杂的,问题是层出不穷的。因此,即便行政机关享有裁量权,行政机关也不能通过裁量基准把所有法律授予的裁量空间全部压缩为零,全部变成羁束行政行为,变成纯粹数理意义上的简单一一对应。

裁量基准只是要通过解释、分格等技术,把强裁量(strong discretion)转化成弱裁量(weak discretion),将广泛选择权(wide powers of choice)缩减到有限选择权(limited powers of choice)。[②] 我们非常欣喜地发现在金华的实践中没有这个问题,反而,他们还对这个问题保持着相当的警觉——“裁量标准不能将自由裁量行为限制得过死,甚至规定成羁束行政行为”。

还有一种僵化的表现是机械的适用,其病灶来自裁量基准本身。分格技术本身可能会产生误导。因为分格,一般是根据对法律要件的层层递进式解释,或者从实践中抽取最重要的考量因素作为划分的标准。而这本身就具有“看低”其他因素的效应,它容易引导执法人员在适用时过分关注这些单一的指标,

① Cf. K. C. Davis, op. Cit. ,p. 52.

② 我稍稍借用了一下乔威尔(J. Jowell)的强弱裁量理论。该理论见于 Carol Harlow & Richard Rawlings, op. Cit. , p. 102.

缺少全局观,不及其他,“只见树木,不见森林”。比如,对盗窃行为的处罚,只关心盗窃的数额;[①]对殴打他人行为,只重视伤情;对赌博案件,只注意赌资的大小。

所以,我们必须明确,分格技术的适用前提是,必须逐一考量和排除那些综合性、基础性的考量因素。否则,构成对行政裁量的不适当拘束。我们必须要求执法人员应结合一般考量因素,准确理解和适用特殊规定;对没有留有弹性条款的事项的列举应当理解为开放式的。要求执法人员必须根据个案情况进行审慎的考量,决定是否要离开基准。一句话,任何机械地、僵化地适用裁量基准行为,不顾执法效益和个案正义的做法,都是不能被接受的,都应当受到严厉的批判。[②]

3. 如何保证合法地离开基准?

那么,如何保证在个案处理过程中离开裁量基准的实践是合法的,没有被滥用呢?金华的诉诸集体主义是一种方法,也可以考虑说明理由。

在日本,允许在执行中可以考虑别的特殊事项,但是,当行政厅需要考虑与公布的审查基准不同的其他个别因素作出判断时,该行政厅必须明示能够说明作出合理判断的根据。[③] 美国亦是如此,正如在 Greater Boston Television Corp. v. FCC 一案的判决中所指出的:“随着情事变迁,行政机关关于何为公共利益的观点会改变。但行政机关必须提供充分的分析,以说明先前的政策和标准是被有意加以改变,而非随意地忽视。”[④]

金华的实践也注意到了说明理由,只是从反面而非正面、从内部而非外部

① 曾经有个报社记者采访我,询问一个案子,某人盗窃一辆自行车,价值 50 元左右,公安机关做出行政拘留决定。但发现他是下岗工人,家庭生活很困难,妻子瘫痪在家,而且是初犯,因此,就撤销了行政拘留决定,不予处罚。他问这是否恰当?是不是滥用职权?我却认为,这个裁量决定完全正确。

② 日本学者对此也有足够的警醒,认为,行政机关必须针对个案考量,不许其仅仅机械地、僵硬地适用裁量基准。过于僵硬地适用裁量基准以至于产生不合理的结果时,也可能导致系争行政决定的违法。山下淳、小幡純子、橋本博之:《行政法》,2001 年 4 月二版,第 135 頁。转引自王志强:《论裁量基准的司法审查》(东吴大学法学院法律系硕士班硕士论文)。

③ 朱芒:《日本〈行政程序法〉中的裁量基准制度——作为程序正当性保障装置的内在构成》,收入应松年、马怀德主编:《当代行政法的源流——王名扬教授九十华诞贺寿文集》,1046~1047 页,北京,中国法制出版社,2006。日本学者宇贺克也、盐野宏同样认为,行政机关完全不得从已设定的裁量基准中逸脱而作成决定的观点并不恰当,反之,在具备合理的理由时,应允许行政机关不适用该当裁量基准。从确保裁量权的公正行使、平等对待原则以及相对人信赖保护原则的观点来说,行政机关作成与裁量基准规范的内容相异的决定之际,必须具有合理的理由,否则就会产生违法的可能。参见宇贺克也:《行政法概说Ⅰ:行政法总论》,第 238 页。盐野宏:《行政法Ⅰ》,2002 年 10 月二版增补,第 87 页。转引自王志强:《论裁量基准的司法审查》(东吴大学法学院法律系硕士班硕士论文)。

④ Cf. Lisa Schultz Bressman, “*Review of the Exercise of Discretion*”, www.abanet.org/adminlaw/aparestatement8-2001.doc,转引自郑春燕:《运作于事实和规范之间的行政裁量》(浙江大学法学院博士论文,2005 年),第 65 页。

着手。也就是,“对试点单位没有依照裁量标准提出处理意见的,责令其说明理由。试点单位无正当理由的,应当由法制部门直接按照裁量标准进行量罚。局领导应当支持法制部门的正确的审核意见,对试点单位随意裁量的问题要提出纠正意见并责令其改正。”

七、结 束 语

金华实践根植于中国土壤,有着浓烈的中国情怀,关注的是中国问题。所以,它的觉悟已经超越了人们对于裁量基准功用的一般理解。[①] 对金华实践的总结也必然具有浓烈的中国韵味。我简单地归纳为以下几点:

第一,通过调节裁量基准的明晰度与细化程度,降低了实际操作难度系数,能够适应不同层次的行政执法人员的素质与业务水平的要求,统一规范了执法,又很好地适应“因时、因地、因人(部门)而宜”的要求。

第二,提高了相对人对行政行为的预测可能性,有利于减少纠纷。裁量基准通过分格技术,让相对人更加清楚明了行政运作过程,并把合理误差进一步缩减到连当事人和社会公众都可以接受的程度,自然也就“能更多的得到社会的认同,得到当事人的认可”。在 2004 年金华市公安机关参照该标准处罚的 25 658 名违法人员及 2005 年处罚的 27 796 名违法人员当中,没有一名当事人因不服量罚提起复议或诉讼。

第三,有效地抵抗了“人情风”。在金华市公安局的总结材料上,反复谈到了行政裁量基准制度的实施“防止了各种人情关系对裁量的影响”。“现在有人上门来说情,民警就将裁量标准捧出,作为执法办案的一面挡箭牌,说情者看后也能理解而去。另一方面,也减少了民警犯错误的机会,起到了保护民警效果。”

第四,简化了内部把关程序,消减了文牍主义。处罚裁量标准明确,案件主办人可以直接提出处罚意见,取消或简化以前向办案单位领导汇报、集体议案等复杂程序,加快了法制部门审核案件的速度。[②]

从金华的实践中,我们可以总结出裁量基准的一般性规律,并作为在其他行政领域推广的一个模板和范例。当然,在行政处罚模板上形成的裁量基准经验,未必能“放之四海而皆准”。在其他行政领域的裁量,或者决策性裁量,或许

① 大致为:统一裁量权行使;避免争议;弥补法制的疏漏;作为法院审查的具体标准等等。参见王志强:《论裁量基准的司法审查》(东吴大学法学院法律系硕士班硕士论文)。

② 关于金华公安机关的裁量基准实践,来自金华市公安局编:《裁量基准资料汇编》。

还会有一些个性差别,这还有待于我们继续去摸索和研究。

而且,对金华行政裁量基准的研究,也能够从软法的角度进一步补充、例证和校正现有的软法理论。比如,裁量基准与法律之间的关系,很妥帖地证实了软法(soft law)与硬法(hard law)之间的应有关系。但是,我们通过仔细观察裁量基准拘束力的发生过程,却发现其有着内在的行政机关自我约束的机制保障,在外部也很可能因为合法预期制度的存在而发生法院的保护效果,进而产生法律上的约束力。这后一点发现,使我们有可能得出一个初步的判断:软法和硬法或许在特定的情境下会打通关节,彼此发生链接。这个发现有可能进一步补充和修正我们一直以来对软法拘束力的认识。[①]

在本文中,我更想表达的是,裁量基准,作为行政规则的一个缩影,取得了实践的成功。这种控制行政自由裁量的路径将被中国的实践证实更具有活力、更加生机勃勃。它揭示了更为宏大的意义。在"行政主导型"社会之中,政府推进自我改良,由内到外的作用力或许更为重要,更加关键,也更容易取得成效。更广义的行政规则的制定和完善,应当成为未来我国法治化建设的一个主要进路,也能够成为我们进一步落实法治主义的一个发力点。

当然,"发力"不等于单兵突进,"发力"也不会"毕革命成功于一役"。更为重要的是,"规则之治"本身也存在着"阿基里斯之踵"(Achilles heel)——致命的弱点。戴维斯裁量学说所受到的批判,已经透彻淋漓地说明了这一点。为了让我们在高歌猛进中保持足够的清醒,最后引用两段精辟的批判来暂时结束我们的思考。

哈罗(Carol Harlow)和劳林斯(Richard Rawlings)说过:古丁(R. Goodin)发现的裁量的缺陷,像专断的危险、不确定、被拥有者利用或操纵,这些问题并不能像戴维斯所建议的那样,用规则代替裁量就可以轻而易举地解决。"裁量权受到反对的所有症结,比如暗箱操作、不公开、专断,在规则体系中都可能存在。那些支配裁量的因素也同样会驱使行政官员以同样的方式来适用规则。"(all the objectionable features of discretionary powers-secrecy, inaccessibility, arbitrariness-are possible in a system of rules and the very considerations that

① 软法理论在我国为罗豪才教授首倡。罗豪才教授认为,"软法通常不具有像硬法那样的否定性法律后果,更多的是依靠自律和激励性的规定","虽然软法背后没有国家机关的强制力量作保障,违反了软法通常不能起诉到法院或受到其他形式的国家强制,但软法并非没有约束力,而是与硬法相比,其约束力是柔性的,凭借制度、舆论导向、文化传统和道德规范等保障实施,依靠人们内心的自律和外在社会舆论的监督等发挥作用"。参见罗豪才:《公域之治中的软法》,http://article1.chinalawinfo.com/article/user/article_display.asp? ArticleID=31593,访问时间:2007年3月1日。关于软法理论的更加全面系统的介绍,参见罗豪才主编:《软法与公共治理》,北京,北京大学出版社,2006。罗豪才等:《软法与协商民主》,北京,北京大学出版社,2007。

dictated discretion, drives the administrator to use rules in an identical fashion.)[①]

斯图尔特(Richard B. Stewart)也说:"即便通过规则来限制行政行为是可能的,形式正义也因此能够实现,这一方案的实施本身也无法解决以上所说的在行政机关自由裁量地进行政策选择时出现的偏见问题。形式正义仅仅规范自由裁量权行使的方式,而不是其实质内容,形式也并不关心所选择政策是否明智、公正或有效。然而,当今对行政自由裁量权的多数批评都恰恰是针对行政政策内容的。"[②]

① Cf. Carol Harlow & Richard Rawlings, op. Cit. , pp. 106-107.

② 参见斯图尔特:《美国行政法的重构》,沈岿译,46～47 页,北京,商务印书馆,2002。

主要参考文献

一

1. 罗豪才主编:《软法与公共治理》,北京,北京大学出版社,2006。
2. 罗豪才主编:《行政法学》,北京,北京大学出版社,2001。
3. 罗豪才主编:《行政法学》,北京,中国政法大学出版社,1989。
4. 应松年主编:《国家赔偿法研究》,北京,法律出版社,1995。
5. 姜明安:《行政法与行政诉讼法》,北京,北京大学出版社、高等教育出版社,1999、2006。
6. 胡建淼主编:《行政违法问题研究》,北京,法律出版社,2000。
7. 马怀德主编:《司法改革与行政诉讼制度的完善——〈行政诉讼法〉修改建议稿及理由说明书》,北京,中国政法大学出版社,2004。
8. 胡锦光主编:《中国十大行政法案例评析》,北京,法律出版社,2005。
9. 姜明安:《行政诉讼法》,北京,法律出版社,2007。
10. 罗豪才等:《软法与协商民主》,北京,北京大学出版社,2007。
11. 甘文:《行政诉讼司法解释之评论——理由、观点与问题》,北京,中国法制出版社,2000。
12. 李国光主编:《行政执法与行政审判参考》,北京,法律出版社,2001。
13. 江必新主编:《中国行政诉讼制度的完善——行政诉讼法修改问题实务研究》,北京,法律出版社,2005。
14. 江必新、梁凤云:《最高人民法院新行政诉讼法司法解释理解与适用》,北京,中国法制出版社,2015。
15. 杨伟东:《行政行为司法审查强度研究——行政审判权纵向范围分析》,北京,中国人民大学出版社,2003。
16. 莫于川:《行政指导论纲——非权力行政方式及其法治问题研究》,重庆,重庆大学出版社,1999。
17. 李广宇:《政府信息公开司法解释读本》,北京,法律出版社,2011。
18. 叶必丰:《行政法与行政诉讼法》,北京,高等教育出版社,2007。
19. 马怀德:《行政法制建构与判例研究》,北京,中国政法大学出版社,2000。
20. 张成福、余凌云主编:《行政法学》,北京,中央党校出版社,2003。

21. 余凌云:《行政自由裁量论》,北京,中国人民公安大学出版社,2005。
22. 余凌云:《行政自由裁量论(第二版)》,北京,中国人民公安大学出版社,2009。
23. 余凌云:《行政契约论(第二版)》,北京,中国人民大学出版社,2006。
24. 余凌云:《警察行政权力的规范与救济——警察行政法若干前沿性问题研究》,北京,中国人民公安大学出版社,2002。
25. 余凌云主编:《交警执法疑难案件评析》,北京,中国人民公安大学出版社,2001。
26. 余凌云、靳秀凤、李明甫、李彤主编:《安全技术防范报警服务业立法研究》,北京,中国人民公安大学出版社,2005。
27. 余凌云、徐晓波、靳秀凤、李明甫、刘舒、李彤主编:《安防执法规范化与企业资质制度改革》,北京,中国人民公安大学出版社,2006。
28. 余凌云:《警察许可与行政许可法》,北京,中国人民公安大学出版社,2003。
29. 余凌云:《行政法讲义(第二版)》,北京,清华大学出版社,2014。
30. 余凌云:《全球时代下的行政契约》,北京,清华大学出版社,2010。
31. 应松年主编:《四国行政法》,北京,中国政法大学出版社,2005。
32. 王名扬:《英国行政法》,北京,中国政法大学出版社,1987。
33. 王名扬:《法国行政法》,北京,中国政法大学出版社,1988。
34. 杨建顺:《日本行政法通论》,北京,中国法制出版社,1998。
35. 王利明:《侵权行为法归责原则研究》,北京,中国政法大学出版社,1992。
36. 贾西津、沈恒超、胡文安等:《转型时期的行业协会——角色、功能与管理体制》,北京,社会科学文献出版社,2004。
37. 贺卫方:《中国法律教育之路》,北京,中国政法大学出版社,1997。
38. 张兴祥:《行政法合法预期保护原则研究》,北京,北京大学出版社,2006。
39. 梁书文、杨立新、杨洪逵:《审理名誉侵权案件司法解释理解与适用》,北京,中国法制出版社,2001。
40. 林准主编:《行政案例选编》,北京,法律出版社,1995。
41. 杨欣欣主编:《法学教育与诊所式教学方法》,北京,法律出版社,2002。
42. 王贵松编:《行政与民事争议交织的难题——焦作房产纠纷案的反思与展开》,北京,法律出版社,2005。
43. 刘莘编:《诚信政府研究》,北京,北京大学出版社,2007。
44. 阎尔宝:《行政法诚实信用原则研究》,北京,人民出版社,2008。
45. 国家法官学院、中国人民大学法学院编:《中国审判案例要览(2003年行政审判案例卷)》,北京,中国人民大学出版社、人民法院出版社,2004。
46. 城仲模:《行政法之基础理论》,台北,三民书局,1983。
47. 李震山:《警察任务法论》,台湾,登文书局,1998。
48. 吴庚:《行政法之理论与实用》,台湾,三民书局,1996。
49. 吴庚:《行政争讼法论》,台湾,三民书局,1999。
50. 陈新民:《宪法基本权利之基本理论》,台湾,三民书局,1996。
51. 刘宗德:《行政法基本原理》,台湾,学林文化事业有限公司,1998。
52. 叶俊荣:《行政法案例分析与研究方法》,台湾,三民书局,1999。
53. 赖恒盈:《行政法律关系论之研究——行政法学方法论评析》,台湾,元照出版有限公司,2003。
54. 王泽鉴:《法律思维与民法实例——请求权基础理论体系》,北京,中国政法大学出版

社,2001。
55. 林三钦:《法令变迁、信赖保护与法令溯及适用》,台北,新学林出版股份有限公司,2008。
56. 李惠宗:《行政法要义》,台北,元照出版有限公司,2007。
57. 赵宏:《法治国下的行政行为存续力》,北京,法律出版社,2007。
58. 章剑生:《现代行政法基本理论》,北京,法律出版社,2008。
59. 周汉华:《政府信息公开条例专家建议稿》,北京,中国法制出版社,2003。
60. 吕艳滨、Megan Patrica Carter:《中欧政府信息公开制度比较研究》,北京,法律出版社,2008。
61. 盐野宏:《行政法》,杨建顺译,北京,法律出版社,1999。
62. 哈特穆特·毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,北京,法律出版社,2000。
63. 斯图尔特:《美国行政法的重构》,沈岿译,北京,商务印书馆,2002。
64. 卡尔·拉伦兹:《法学方法论》,陈爱娥译,台北,五南图书出版有限公司,1996。
65. 苏勒和布罗斯:《西德警察与秩序法原理》,李震山译,台北,登文书局,1986。
66. 史蒂文·J. 卡恩:《行政法:原理与案例》,张梦中、曾二秀、蔡立辉等译,广州,中山大学出版社,2004。
67. 罗伯特·K. 殷:《案例研究方法的应用》,周海涛等译,重庆,重庆大学出版社,2004。
68. 罗伯特·K. 殷:《案例研究设计与方法》,重庆,重庆大学出版社,2004。
69. 丹宁勋爵:《法律的训诫》,杨百揆、刘庸安、丁健译,北京,法律出版社,1999。
70. L. L. 富勒、小威廉·R. 帕杜:《合同损害赔偿中的信赖利益》,韩世远译,北京,中国法制出版社,2004。

二

71. 皮纯协、余凌云:《亟待建立的专家论证制度——保证行政立法质量的重要措施》,载《中国法学》,1995(6)。
72. 曹士兵:《最高人民法院裁判、司法解释的法律地位》,载《中国法学》,2006(3)。
73. 袁明圣:《司法解释"立法化"现象探微》,载《法商研究》,2003(2)。
74. 江必新:《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释的基本精神》,载《法律适用》,2001(7)(总第184期)。
75. 江必新:《司法解释对行政法学理论的发展》,载《中国法学》,2001(4)。
76. 江必新:《中国行政合同法律制度:体系、内容及其建构》,载《中外法学》,2012(6)。
77. 王克稳:《论行政合同与民事合同的分离》,载《行政法学研究》,1997(4)。
78. 杨寅、张海斌、于晗:《行政诉讼法新司法解释研讨综述》,载《华东政法学院学报》,2001(1)。
79. 赵正群:《行政判例研究》,载《法学研究》,2003(1)。
80. 周道鸾:《论司法解释及其规范化》,载《中国法学》,1994(1)。
81. 刘善春、刘德敏:《行政判例的理念、功能和制度分析——关于重视行政判例研究的思考》,载《政法论坛》,2001(4)。
82. 倪洪涛:《依申请信息公开诉讼周年年度调查报告——基于透明中国网刊载的40宗涉诉案的考察》,载《行政法学研究》,2009(4)。
83. 何海波:《通过判决发展法律——评田永案件中行政法原则的运用》,载罗豪才主编:《行政法论丛(第三卷)》,北京,法律出版社,2000。

84. 贺卫方:《问题一箩筐——评李慧娟事件》,载《南方周末》,2003-11-20 日(法治 A5 版)。
85. 罗豪才、姜明安、湛中乐、陈端洪:《行政法学研究现状与发展趋势》,载《中国法学》,1996(1)。
86. 薛刚凌:《行政法发展模式之检讨与重构》,载应松年、马怀德主编:《当代行政法的源流——王名扬教授九十华诞贺寿文集》,北京,中国法制出版社,2006。
87. 胡建淼:《中国行政法学理论体系的模式及评判》,载《中国法学》,1997(1)。
88. 章志远:《现实困境与路径选择:中国行政法学研究之省思》,载《河南省政法管理干部学院学报》,2006(1)。
89. 毕洪海:《转型中的行政法学——二十世纪九十年代以来中国行政法学研究透视》,载罗豪才主编:《行政法论丛(第七卷)》,北京,法律出版社,2004。
90. 王新友:《划片选举的"猫腻"——石家庄新华区东营村划片选举村民代表引发 900 多选民不满》,载《检察日报》,2006-4-24。
91. 应松年、薛刚凌:《行政诉讼十年回顾——行政诉讼的成就、价值、问题与完善》,载《行政法学研究》,1999(4)。
92. 应松年:《行政合同不容忽视》,载《法制日报》,1997-6-9。
93. 杨海燕:《回顾与展望——纪念行政诉讼法颁布 10 周年座谈会综述》,载《人民司法》,1999(4)。
94. 罗豪才:《民主与法制建设的一大成果——纪念行政诉讼法颁布十周年》,载《法制日报》,1999-4-2。
95. 管君:《法槌下的正当程序》,载《行政法学研究》,2007(5)。
96. 李国光:《成果丰硕 任重道远》,载《人民法院报》,2001-3-29。
97. 高秦伟:《行政法学方法论的回顾与反思》,载《浙江学刊》,2005(6)。
98. 苏苗罕:《〈政府信息公开条例〉实施现状及其展望》,载《电子政务》,2009(4)。
99. 范剑红:《欧盟与德国的比例原则——内涵、渊源、适用于在中国的借鉴》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》,2000(5)。
100. 黄学贤:《行政法中的比例原则简论》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》,2001(1)。
101. 傅国云:《再论行政执法的合理性原则》,载《法商研究》,1996(6)。
102. 沈岿:《法治和良知自由——行政行为无效理论及其实践之探索》,载《中外法学》,2001(4)。
103. 叶必丰:《论行政行为的公定力》,载《法学研究》,1997(5)。
104. 叶必丰:《我国区域经济一体化背景下的行政协议》,载《法学研究》,2006(2)。
105. 叶必丰:《具体行政行为框架下的政府信息公开——基于已有争议的观察》,载《中国法学》,2009(5)。
106. 朱芒:《行政处罚听证程序制度的功能——以上海行政处罚听证制度的实施现状为分析对象》,载朱芒:《功能视角中的行政法》,北京,北京大学出版社,2004。
107. 朱芒:《公共企事业单位应如何信息公开》,载《中国法学》,2013(2)。
108. 何海波:《英国行政法上的听证》,载《中国法学》,2006(4)。
109. 蒋安杰、张学锋、张亮、李磊、刘显刚、王进文:《一石激起千层浪——"信访责任倒查"机制的法理评析》,载《法制日报》,2007-8-26。
110. 沈岿:《行政诉讼确立"裁量明显不当"标准之议》,载《法商研究》,2004(4)。
111. 彭冰:《重新审视海南凯立状告中国证监会》,载《法制日报》,2001-7-25。
112. 薛莉、张鸣飞:《"凯立案"挑战证券监管体制、现有法律漏洞应及时补上》,载《上海证券

报》,2001-8-30。
113. 中国社会科学院法学研究所法治国情调研组:《中国政府透明度年度报告(2010)——以政府网站信息公开为视角》,载中国社会科学院法学研究所编:《中国法治发展报告(2011)》,北京,社会科学文献出版社,2011。
114. 刘燕:《走下“自由裁量权”的神坛——重新解读凯立案及“自由裁量权”之争》,载《中外法学》,2002(5)。
115. 于安、余凌云:《行政合同理论与制度走向的对话》,载《行政法论丛》,第九卷(2006 年 4 月)。
116. 刘丹:《论行政法上的诚实信用原则》,载《中国法学》,2004(1)。
117. 潘荣伟:《政府诚信——行政法中的诚信原则》,载《法商研究》,2003(3)。
118. 袁曙宏、苏西刚:《论社团罚》,载《法学研究》,2003(5)。
119. 孙炳耀:《中国社会团体官民二重性问题》,载《中国社会科学季刊》,1994(1)。
120. 戴佩华:《发挥行业协会解决国际贸易争端作用的研究》,载《重庆工商学院学报(社会科学版)》,2005(6)。
121. 梁上上:《论行业协会的反竞争行为》,载《法学研究》,1998(4)。
122. 包万超:《转型发展中的中国行政指导研究》,载罗豪才主编:《行政法论丛》,北京,法律出版社,1998。
123. 段小勇:《不能有这种承诺吗》,载《人民公安报》,2000-5-15。
124. 余凌云、徐伟红:《当前阻碍人民警察执行职务的现状、成因及对策——对辽宁省沈阳、鞍山和辽阳市阻碍警察执法情况的调研报告》,载《北方法学》,2007(4)。
125. 王天华:《裁量标准基本理论问题刍议》,载《浙江学刊》,2006(6)。
126. 朱芒:《日本〈行政程序法〉中的裁量基准制度——作为程序正当性保障装置的内在构成》,载应松年、马怀德主编:《当代行政法的源流——王名扬教授九十华诞贺寿文集》,北京,中国法制出版社,2006。
127. 郑春燕:《取决于行政任务的不确定法律概念定性——再问行政裁量概念的界定》,载《浙江大学学报》,2007(3)。
128. 郑春燕:《论裁量视角下的行政契约》,载《浙江学刊》,2007(5)。
129. 王学辉、邵长茂:《“指导性案例”在行政诉讼中的效力——兼论案例分类指导制度之构建》,载《行政法学研究》,2006(2)。
130. 梁慧星:《论合同解释》,载《现代法学》,1986(1)。
131. 周佑勇:《裁量基准的正当性问题研究》,载《中国法学》,2007(6)。
132. 张琪:《试论指导性案例的“指导性”》,载《法制与社会发展》,2007(6)。
133. 湛中乐、李凤英:《刘燕文诉北京大学案:兼论我国高等教育学位制度之完善》,载《中外法学》,2000(4)。
134. 何海波:《通过判决发展法律:田永案中行政法原则的运用》,载罗豪才主编:《行政法论丛》,第 3 卷,北京,法律出版社,2000。
135. 沈岿:《制度变迁与法官的规则选择》,载《北大法律评论》第 3 卷第 2 辑,北京,法律出版社,2000。
136. 刘善春、刘德敏:《行政判例的理念、功能和制度分析——关于重视新政判例研究的思考》,载《政法论坛》,2001(4)。
137. 骆梅英:《行政法学的新脸谱——写在读叶俊荣〈行政法案例分析与研究方法〉》,载《行政法论丛》,第九卷,北京,法律出版社,2006。

138. 张梦中、马克·霍哲:《案例研究方法论》,载《中国行政管理》,2002(1)。
139. 余凌云:《法院如何发展行政法》,载《中国社会科学》,2008(1)。
140. 余凌云:《行政法上合法预期之保护》,载《中国社会科学》,2003(3)。
141. 余凌云:《第三部门的勃兴对行政法意味着什么》,载《浙江学刊》,2007(2)。
142. 余凌云:《警察调查权之法律控制》,载《南京大学法律评论》,2002(春)。
143. 余凌云:《行政诉讼上的显失公正与变更判决——对行政诉讼法第 54 条(四)的批判性思考》,载《法商研究》,2005(5)。
144. 余凌云:《论行政法上的比例原则》,载《法学家》,2002(2)。
145. 余凌云:《行政强制执行理论的再思考》,载《中国人民大学学报》,1998(4)。
146. 余凌云:《政府信赖保护、正当期望和合法预期》,载《厦门大学法律评论》,2007(12)。
147. 余凌云:《论对行政裁量相关考虑的审查》,载《中外法学》,2003(6)。
148. 余凌云:《对行政自由裁量概念的再思考》,载《法制与社会发展》,2002(4)。
149. 余凌云:《论依法行政理念在行政契约中的贯彻》,载《中国人民公安大学学报》,1998(1)。
150. 余凌云:《对行政许可法第八条的批判性思考——以九江市丽景湾项目纠纷案为素材》,载《清华法学》,2007(4)。
151. 余凌云:《行政主体理论之变革》,载《法学杂志》,2010(8)。
152. 黄锦堂:《行政契约法主要适用问题之研究》,载杨解君编:《行政契约与政府信息公开——2001 年海峡两岸行政法学术研讨会实录》,南京,东南大学出版社,2002。
153. 蔡宗珍:《公法上之比例原则初论——以德国法的发展为中心》,载《(台湾)政大法学评论》,1999(62)。
154. 蔡震荣:《论比例原则与基本人权之保障》,载《(台湾)警政学报》,1990(17)。
155. 刘宗德:《试论日本之行政指导》,载《(台湾)政大法学评论》,1989(40)。
156. 纪振清:《日本行政指导之机能与判例趋向》,载《(台湾)法律评论》第 60 卷,第 11、12 期合刊。
157. 罗明通:《英国行政法上法定权限不作为之国家赔偿责任》,载《宪法体制与法治行政(城仲模教授六秩华诞祝寿论文集,第二册,行政法总论)》,台北,三民书局,1998。
158. 李惠宗:《论平等原则对行政裁量之拘束》,载《宪法体制与法治行政(城仲模教授六秩华诞祝寿论文集,第二册,行政法总论)》,台北,三民书局,1998。
159. 刘宗德:《日本公害防止协定之研究》,载《(台湾)政大法学评论》,第 38 期。
160. 刘莘:《行政合同刍议》,载《中国法学》,1995(5)。
161. 黄学贤、廖振权:《行政协议探究》,载《云南大学学报》,2009(1)。
162. 梁凤云:《行政协议案件的审理和判决规则》,载《国家检察官学院学报》,2015(4)。
163. 李福忠:《新行政诉讼法确立的行政协议诉讼制度初探》,载《山东审判》,2015(4)。
164. 杨科雄:《试论行政协议的识别标准》,载《中国法律评论》,2017(1)。
165. 崔建远:《行政合同之我见》,载《河南省政法管理干部学院学报》,2004(1)。
166. 崔建远:《合同解释与法律解释的交织》,载《吉林大学社会科学学报》,2013(1)。
167. 崔建远、杨明刚:《如何选定合同用语的含义——合同解释问题研究》,载《法学》,1996(12)。
168. 崔建远:《行政合同族的边界及其确定根据》,载《环球法律评论》,2017(4)。
169. 杨小君:《论行政合同的特征、法律性质》,载《行政法学研究》,1998(2)。
170. 朱新力:《行政合同的基本特征》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》,2002(2)。

171. 戚建刚、李学尧:《行政合同的特权与法律控制》,载《法商研究》,1998(2)。
172. 步兵:《行政契约中的特权及其控制》,载《东南大学学报(哲学社会科学版)》,2006(8)。
173. 田林:《日本行政契约的立法统制》,中国人民大学法学院博士学位论文,2016。
174. 宋志红:《国有土地使用权出让合同的法律性质与法律适用探讨》,载《法学杂志》,2007(2)。
175. 程洁:《政府信息公开的法律适用问题研究》,载《政治与法律》,2009(3)。
176. 陈天昊:《在公共服务与市场竞争之间——法国行政合同制度的起源与流变》,载《中外法学》,2015(6)。
177. 张瑚、张福林:《从判例看国有土地使用权出让合同的性质》,载《国土资源》,2006(3)。
178. 陈无风:《行政协议诉讼:现状与展望》,载《清华法学》,2015(4)。
179. 李智辉:《行政协议?民事协议?不能"傻傻分不清"——行政协议的法律特征及司法受理》,载《中国国土资源报》,2016-1-12。
180. 刘飞宇:《从档案公开看政府信息公开制度的完善——以行政公开第一案为契机》,载《法学评论》,2005(3)。
181. 赵龙:《行政协议相对人违约行政机关可申请法院强制执行》,载《人民法院报》,2015-4-16。
182. 宋海东:《新行政诉讼法语境下行政协议若干问题探析——以类型化诉讼为视角》,载《山东审判》,2015(6)。
183. 李福忠:《新行政诉讼法确立的行政协议诉讼制度初探》,载《山东审判》,2015(4)。
184. 麻锦亮:《纠缠在行政性与协议性之间的行政协议》,载《中国法律评论》,2017(1)。
185. 陈少琼:《我国国有土地使用权出让合同法律性质》,载《中国司法》,2004(12)。
186. 曹正汉、史晋川:《中国地方政府应对市场化改革的策略:抓住经济发展的主动权》,载《社会学研究》,2009(4)。
187. 江怀玉、郑红葛、李修贵:《行政协议履行争议中行政机关对协议条款解释行为的法律效力及司法审查——萍乡市亚鹏房地产开发有限公司诉萍乡市国土资源局不履行行政协议案》,收入浙江大学公法与比较法研究所 2016 年 5 月 21 日在杭州举办的"2016 行政指导案例中美研讨会"论文集。
188. 戚渊:《试论我国行政法援引诚信原则之意义》,载《法学》,1993(4)。
189. 吴坤城:《公法上的信赖保护原则初探》,载城仲模主编:《行政法之一般法律原则(二)》,台北,三民书局,1997。
190. 刘飞:《信赖保护原则的行政法意义——以授益行为的撤销与废止为基点的考察》,载《法学研究》,2010(6)。
191. 王锡锌:《政府信息公开法律问题研究》,载《政治与法律》,2009(3)。
192. 陈海萍:《行政相对人合法预期保护之研究——以行政规范性文件的变更为视角》,浙江大学博士学位论文,2010。
193. 李洪雷:《论行政法上的信赖保护原则》,中国政法大学硕士学位论文,2000。
194. 黄学贤:《行政法中的信赖保护原则》,载《法学》,2002(5)。
195. 文凯瑟林·K. 墨西思:《案例、案例教学法与教师专业发展》,许立新、张广武编译,载《世界教育信息》,2004(1、2)。
196. P. P. Craig:《正当期望:概念性的分析》,马怀德、李洪雷译,载《环球法律评论》,2003(夏)。
197. 《论法院与行政信赖利益的保护》,http://miaoshou. fyfz. cn/blog/miaoshou/index.

aspx? blogid=130405
198. 王贵松:《论行政法原则的司法适用——以诚实信用和信赖保护原则为例》. http://www.studa.net/xingzhengfa/080312/09423736.html
199. 经济信息联播: 企业纠纷 西气东输受阻河南周口. http://www.nen.com.cn/74333583107424256/20031203/1281779_1.shtml
200. 成都将出台《意见》行政诉讼可协调和解. 载成都晚报,2007 年 1 月 24 日
201. 最高人民法院公报,2005(8)
202. 于立琛:《行政协议司法判断的核心标准——公权力的作用》,载《行政法学研究》,2017(2)。
203. 韩宁:《行政协议判断标准之重构——以"行政法上权利义务"为核心》,载《华东政法大学学报》,2017(1)。
204. 程琥:《审理行政协议案件若干疑难问题研究》,载《法律适用》,2018(12)。
205. 郭修江:《行政协议案件审理规则——对〈行政诉讼法〉及其适用解释关于行政协议案件规定的理解》,载《法律适用》,2016(2)。
206. 王学辉:《行政何以协议——一个概念的检讨与澄清》,载《求索》,2017(12)。
207. 沈福俊:《司法解释中行政协议定义论析——以改造"法定职责范围内"的表述为中心》,载《法学》,2017(10)。

三

208. H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, Administrative Law, Oxford University Press, 2004
209. H. W. R. Wade & C. F. Forsyth, Administrative Law, Clarendon Press, 1994
210. Christopher Forsyth & Ivan Hare (eds.), The Golden Metwand and the Crooked Cord: Essays on Public Law in Honour of Sir William Wade QC, Oxford, Clarendon Press, 1998
211. Michael Supperstone QC & James Goudie QC, Judicial Review, Butterworths, 1997
212. Jugen Schwarze, European Administrative Law, Sweet & Maxwell, 1992
213. Neville Brown & John S. Bell, French Administrative Law, Clarendon Press. Oxford, 1998
214. Zaim M. Nedjati & J. E. Trice, English and Continental Systems of Administrative Law, North-Holland Publishing Company, 1978
215. Mahandra P. Singh, German Administrative Law: in Common Law Perspective, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 1985
216. Carl Emery, Administrative Law: Legal Challenges to Official Action, London. Sweet & Maxwell, 1999
217. Peter Cane, An Introduction to Administrative Law, Oxford, Clarendon Press, 1996
218. Peter Leyland & Gordon Anthony, Textbook on Administrative Law, Oxford University Press, 2013
219. Gordon Anthony, Judicial Review in Northern Ireland, Hart Publishing, 2008
220. G. D. S. Taylor, Judicial Review: A New Zealand Perspective, Butterworths, 1991
221. G. D. S. Taylor, Judicial Review: A New Zealand Perspective (Supplement to the

First Edition), Butterworths, 1997
222. P. P. Craig, Administrative Law, Sweet & Maxwell, 2003
223. John Harrison & Stephen Cragg, Police Misconduct: Legal Remedies, Legal Action Group, 1995
224. John Benyon & Colin Bourn, The Police: Powers, Procedures and Proprieties, Pergamon Press, 1986
225. Nicholas Emiliou, The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study, London. Kluwer Law International, 1996
226. Soren J. Schonberg, Legitimate Expectations in Administrative Law, Oxford University Press, 2000
227. Jurgen Schwarze (ed.), Administrative Law under European Influence, London. Sweet & Maxwell, 1996
228. K. C. Davis, Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry, the United States of American: University of Illinois Press, 1971
229. D. J. Galligan, Discretionary Powers: A legal Study of Official Discretion, Oxford, Clarendon Press, 1986
230. Carol Harlow & Richard Rawlings, Law and Administration, Butterworths, 1997
231. David Foulkes, Administrative Law, Butterworths, 1995
232. William F. Fox, Jr., Understanding Administrative Law, Matthew Bender, 1986
233. Charles H. Koch, Administrative law: cases and materials, Charlottesville, Va. : Michie, 1996
234. William F. Funk, Richard H. Seamon, Administrative law: examples and explanations, CITIC Publishing House: Aspen Publishers, Inc., 2003
235. Bernard Schwartz, Roberto L. Corrada, Administrative law: a casebook, J. Robert Brown, Jr. New York, NY: Aspen Publishers, 2006
236. Ronald A. Cass, Colin S. Diver, Jack M. Beermann, Administrative law: cases and materials, Boston: Aspen Law & Business, A Division of Aspen Publishers, In., 1998
237. Carol Harlow, Export, Import: the Ebb and Flow of English Public Law. (2000) Public Law 243
238. Lord Justice Woolf, The role of the English Judiciary in Developing Public Law. (1986) William and Mary Law Review 669
239. Richard Wilberforce, Lord Diplock and Administrative Law. (Spring 1986) Public Law 6
240. Anthony Lester, English Judges as Law Makers. (1993) Public Law 270
241. Lord Reid, The Judge as Law Maker. (1972—1973) 12 Society of Public Teachers of Law 23
242. D. G. T. Williams, Administrative Law in England: the Emergence of A New Remedy. (1985—1986) 27 William and Mary Law Review 715, 718-720
243. Edwin M. Borchard, French Administrative law. (1932—1933) 18 Iowa Law Review 135
244. Roger Warren Evans, French and German Administrative Law: with Some English Comparisons. (1965) 14 International and Comparative Law Quarterly 1108
245. Prosper Weil, The Strength and Weakness of French Administrative Law. (1965) The

Cambridge Law Journal 243

246. A. H. Feller, Tendencies in Recent German Administrative Law Writing. (1932—1933)18 Iowa Law Review 148-149

247. D. J. Galligan, The Nature and Function of Policies Within Discretionary Power. (1976) Public Law 332

248. Christopher Forsyth, The "Metaphysic of Nullity"Invalidity, Conceptual Reasoning and the Rule of Law, Collected in Christopher Forsyth & Ivan Hare (eds.), The Golden Metwand and the Crooked Cord: Essays on Public Law in Honour of Sir William Wade QC, Oxford, Clarendon Press, 1998

249. H. W. R. Wade, Unlawful Administrative Action: Void or Voidable? (Part I). (1967) 88 The Law Quarterly Review 510-511

250. Jeffrey Jowell, Of Vires and Vaccums: The Constitutional Context of Judicial Review. (1999)Public Law 451-452

251. Michael K. Young, Judicial Review of Administrative Guidance: Governmentally Encouraged Consensual Dispute Resolution in Japan. (1984) Columbia Law Review 946

252. Alastair R. Mowbray, Administrative Guidance and Judicial Review. (1985) Public Law

253. C. F. Forsyth, The Provenance and Protection of Legitimate Expectations. (1988) Cambridge Law Journal 247-248

254. Michael Nierhaus, Administrative Law, Collected in Werner F. EBKE & Matthew W. Finkin(ed.), Introduction to German Law, Kluwer Law International, 1996

255. Russell L. Weaver, An APA Provision on Nonlegislative Rules? (2004) 56 Administrative Law Review 1181

256. William Funk: My Ideal "Casebook" or What's Wrong with Administrative Law Legal Education and How to Fix It, in a Nutshel. (2000, winter) Brandeis Law Journal 247

257. Daniel B. Rodriguez, Administrative Law and Case Method. (2000) Brandeis Law Journal 303

258. Phillip E. Areeda, The Socratic Method. (1995—1996) 109 Harvard Law Review 912

259. Anita Ponder & Joshua C. Drewitz, An Introduction to Federal Government Contracting: More businesses are likely to seek government contracts with federal, state, and local government agencies. Be sure you know the rules. (2010)56 Practical Lawyer 20

260. Daphne Barak-Erez, The Doctrine of Legitimate Expectations and the Distinction between the Reliance and Expectati on Interests, European Public Law, 2005, Volume 11, Issue 4, p. 589

261. C. F. Forsyth, The Provenance and Protection of Legitimate Expectations. (1988) 47 Cambridge Law Journal 259

262. Iain Steele, Substantive Legitimate Expectations: Striking the Right Balance. (2005) 121 Law Quarterly Review 310

263. J. B. J. M. ten Berge & R. J. G. M. Widdershoven, The principle of legitimate expectations in Dutch constitutional and administrative law, in Netherlands reports to the fifteenth international congress of comparative law (E. H. Hondius ed., 1998),

p. 422，442，447

264. P. P. Craig，Legitimate Expectations：A Conceptual Analysis.（1992）108（JAN）Law Quarterly Review 79-80
265. Sarah Hannett & Lisa Busch，Ultra Vires Representations and Legitimate Expectations.（2005）Public Law 729-732
266. Paul Craig & Grainne De Burca，EU Law，Oxford University Press，2003，p. 384
267. Matthew Groves，Substantive Legitimate Expectations in Australian Administrative Law.（2008）Melbourne University Law Review 472-473
268. David Banisar，Freedom of Information around the World 2006：A Global Survey of Access to Government Information Laws，Privacy International Report，25（2006）http://www.freedominfo.org/documents/global_survey2006.pdf
269. Maeve McDonagh & Moira Paterson，Freedom of information：taking account of the circumstances of individual applicants. Public Law，505（2010）

后　记

在网上"逛街"时，偶尔读到一篇采访外交官吴建民的文章，是介绍他的新作《外交案例》的，其中有一段话让我感触良多。吴建民说："如果希望21世纪中国外交的分量再上去，外交进入一个黄金时期，关键就是人从什么地方培养，靠什么培养。我想是靠实践，靠学校里讲课要有案例，没有外交案例，人才培养太慢。"[①]这让我立刻喜欢上这本书，到西单图书大厦未购得，还专门又跑了一趟。

我始终认为，在行政法的研究与实践上，行政法案例绝对是不容轻视和忽视的，需要我们打起精神来，小心应对、细致研究。这对于法官、对于学者，甚至对于公众来讲，都应该如此。在公安大学任教期间，大概从招生第一届行政诉讼法方向研究生时起，我就给研究生们开设过《行政法案例分析》的课程，经过至少三、四届学生的研习，我也不断地积累了一些教学经验，也有了些许感悟。从最早的"满堂灌"，到后来颇有点偷懒的课堂讨论，再到有意识地发展这门课程的讲授方法。

我的感触是，"满堂灌"是典型的"我讲你听"。学生再优秀、课程组织得再精细，也难免会因为烈日炎炎、寒风凛冽、外界干扰、个人情绪抑或其他什么原因而走神。课堂讨论，只有学生充分准备、积极发言，才能取得成效。否则，很可能就会变成放羊式的漫谈，"形散、神也散"。所以后来，我也改变了策略。有关案例最好事先发给学生，让他们提前准备，或者干脆让他们自己去收集媒体热炒的案件。这样的案例往往是原汁原味，没有经过人为的咀嚼，针锋相对，问题感很强。我发现，这样的讨论容易引起学生的兴趣和热情。

---

① 《吴建民新书披露中美撞机处理和911背后内幕》，http://news.sohu.com/20080113/n254622472.shtml，访问时间：2006年1月1日。

在这期间,我也撰写了一些案例分析的文章。比如,应胡锦光教授邀请,为《行政法案例分析》(21世纪法学系列教材之一,胡锦光主编,中国人民大学出版社2000年第一版、2006年修订二版)、《中国十大行政法案例评析》(胡锦光主编,法律出版社,2005)撰写部分案例。我自己和聂福茂教授也一起主编了一本案例教材(《警察行政法学案例评析》,全国公安院校法学(本科)教材,中国人民公安大学出版社,2005)。

调到清华大学法学院之后,发现这里的"法律诊所"相当成功,深受激励。而行政法案例分析的课程在这里却付之阙如,所以,我更加期望能够为本科生和研究生开设这方面的课程,并更加注重对案例研究方法的介绍,而且还是使用我自己的教材。所以,在与中国人民大学出版社郭燕红、杜宇峰老师商量出版《行政契约论》第二版的同时,我也试探着谈了自己的想法,没想到立刻就得到她们的积极支持。

我也曾向清华大学法学院宪法与行政法专业的研究生许诺——一俟本书付梓,我就会向法学院申请开设这门课,或者至少是在行政法与行政诉讼法的专题讲座中揉入这方面的内容。在上学期期末,我给研究生们介绍了本书的大致轮廓和构想,得到了他们的热烈回应,这让我非常欣喜。学生是可爱的。

据我所知,在我之先,叶俊荣教授曾写过一本专著《行政法案例分析与研究方法》(三民书局1999年版),浙江大学的骆梅英博士还写了一篇书评,叫作"行政法学的新脸谱——写在读叶俊荣《行政法案例分析与研究方法》"(载《行政法论丛》第9卷,法律出版社,2006)。据说,叶俊荣教授知道后十分欣喜。我在本书的具体构思和创作过程中发现,叶俊荣教授的研究尽管很有启发,但却不完全是我想要的东西。

我倒希望从更加广阔的空间中去展开我的研究与教学,更加随意一些,更加洒脱一些。可以从更加宏观的视角介绍一些与案例研究有关的内容,比如,法院是如何发展行政法的,行政诉讼与行政法之间的对称性结构关系,等等。就个案去谈个案,只关注最后的结论或者发现,这绝对不是我的情愿。我希望在每一个案件的分析过程当中,能够介绍我自己的研究,向学生讲解研究的方法。换句话说,研究方法是蕴含在每一个案件分析之中,而且,方法应该是灵活的、多样的。就像我们在雕琢一件艺术品,要根据不同的造型、角度和目的,使用很不一样的工具一样。没有一个固定的程式,我也不需要这样的固定程式。一切都在其中,顺势而行,在随意之中体现自我、体现刻意。

从这个意义上,可以说,本书是我在多年研究生行政法案例分析课程的教

学积累的基础上撰写的，目的是进一步加强这门课程的教材建设，同时，也是对方法论的一个思考和体悟。本书实际上汇集了我不同时期的作品，比如，在本书中收入了我为胡锦光教授主编的《行政法案例分析》中撰写的两章，一个是行政契约，另外一个是行政强制。该书是与行政法教科书的主要章节配套使用，具有强烈的以案说理、以案释义的意蕴。收入本书是为了纪念，也是为了圆满。我对案例研究方法的认识也是在不断发生变化的，所以，很自然地在不同时期的作品上打上烙印。在成书时，我也没有刻意地用现在的认识去修改。保留各种研究样式，容忍各种风格，是我执意追求的。

至于本书起什么样的书名呢？的确着实费了一番功夫。我最早提交给出版社的创意中是《行政法案例研究方法与分析》，但随着时间的推移，感到不是很贴切，其中的“分析”到底是分析研究方法呢？还是分析案例？不很清楚。我的本意是，方法是蕴含在分析之中，要通过分析表现出来，所以，本书要以分析案件为主，对研究方法却应该是集中论述与分散体现相结合，专门的参悟是必须的，但主要靠在每个案例分析中细细品味体验。后来又曾想到借用德沃金的《认真对待权利》，翻版为《认真对待行政法案例》，但也感到过于宽泛，不容易让读者“望文生义”，对书的内容“一目了然”。一番思量之后，觉得还是本书名较好。为和叶俊荣教授的书相区别，稍微改动一个字，把“与”改成“和”。

撰写一本行政法案例的教科书，而且是略带创新意味的教材，这一直是我的学术梦想。因此，我要特别地感谢那些帮助我实现这个梦想的人。首先，我要特别感谢中国人民大学出版社郭燕红、杜宇峰老师的支持、宽容，允许我一再爽约，将交稿时间一拖再拖。其次但绝不是次重要的，本书中的很多专题都曾在《中国社会科学》《中国法学》《法学家》《清华法学》等刊物上发表过，我必须对上述刊物与编辑的大力支持表示衷心的感谢。

由于我习惯于把一个课题分成若干个专题来“各个击破”，所以，本书中收录的一些专题其实是我正在主持的国家社会科学基金项目“行政法上合法预期制度”和北京市哲学社会科学“十一五”规划项目“北京市行政执法自由裁量权问题研究”的阶段性成果。

我的下一个学术目标会是什么呢？或许我会在完成上述研究课题的基础上，撰写一本关于行政法上合法预期之保护的专著，或许会试图从更加宏观的、多层面的、更多是实证研究的视角对行政自由裁量问题进行更进一步的研究，并出版《行政自由裁量论（二）》。另外，2007 年 12 月参加中国警察协会学术委员会的成立大会之后，应松年教授提议我去撰写一本警察法学的专

著,这个建议对我也很有吸引力,也是我长久以来的一个想要做但没做的学术计划。

一切都在规划之中,一切都顺其自然。只要自己在不断努力,其他一切随缘。

余凌云
2008 年仲夏于清华明理楼